

REVISTA DA  
**AGU**

ANO X nº 34 - Brasília-DF, out./dez. 2012

# 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
Nelida 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; Arnaldo Wald; Clarissa Sampaio Silva; Claudia Aparecida de Souza Trindade; Clóvis Juarez Kemmerich; Denise Lucena Cavalcante; Eugênio Battesini; Fabiano André de Souza Mendonça; Flávio Roberto Batista; Francisco Humberto Cunha Filho; Jefferson Cartés 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; Aluisio de Sousa Martins; Anésio Fernandes Lopes; André Lopes de Sousa; Andrea 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 Guimarães Bensoussan; 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; Marcelo Kokke Gomes; Maria de Fátima Knaippe Dibe; Mariana Filchtiner Figueiredo; Nilma de Castro Abe; Rosa Maria Pelegrini Baptista Dias; Rui Magalhães Piscitelli; Sueli Valentin Moro Miguel; 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 XI – Número 34 - Brasília-DF, out./dez. 2012  
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035  
1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05  
CDU 342(05)

# SUMÁRIO

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

## INSTITUCIONAL

Novos Arranjos Institucionais: redimensionamento das capacidades constitucionais pelo papel dialógico-democrático da Advocacia-Geral da União <i>New Institutional Settings: Rethinking the Constitutional Capacities by the Democratic-Dialogical Rule of the Attorney General's Office</i> <i>Luis Cláudio Martins de Araújo.....</i>	9
---	---

## ARTIGOS

O Princípio da Boa-Fé na interpretação e integração dos Contratos no Código Civil Brasileiro e no <i>Draft Common Frame of Reference</i> <i>The Principle of Good Faith in Contract interpretation And integration In Brazilian Civil Code and in Draft Common Frame of Reference</i> <i>Alessandra Matos de Araújo.....</i>	37
--	----

Aspectos Jurídicos relacionados aos regimes de Administração Especial, intervenção e liquidação extrajudicial das entidades fechadas de Previdência Complementar <i>Legal aspects related to the special administration regimes in pension funds</i> <i>Allan Luiz Oliveira Barros.....</i>	55
---	----

Democracia e Direitos Fundamentais: propostas para uma jurisdição constitucional democrática <i>Democracy and Fundamental Rights: proposals for a democratic constitutional jurisdiction</i> <i>Dalton Santos Morais.....</i>	83
---	----

A Objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade <i>The Erga Omnes effect in Diffuse Constitutional Review</i> <i>Filipo Bruno Silva Amorim.....</i>	113
---	-----

O Princípio da Transparência Fiscal e as Contribuições da Seguridade Social para o Custeio do Regime próprio de Previdência dos Servidores Públicos Federais <i>The Principle of Fiscal Transparency and the Social Security Contributions for the Expenses of the Own Regimen of the Social Security Program of the Federal Public Employees</i> <i>Flávio Teles Filogônio.....</i>	147
--	-----

<p>Julgamento de Improcedência <i>Prima Facie</i> em Ações Repetitivas na sistemática Processual Civil atual e no Contexto do Projeto de Novo Código de Processo Civil  <i>Prima facie rejection in repetitive lawsuits within the current civil procedure as well as in the context of the Project of the New Code of Civil Procedure</i>  <i>José Tadeu Neves Xavier</i> .....181</p>	181
<p>O Devido Processo Legal na Dinâmica Jurisprudencial do STF  <i>Due Process of Law in the Dynamic Jurisprudence of the STF</i>  <i>Luís Carlos Martins Alves Jr.</i> .....217</p>	217
<p>Improbidade Administrativa: instrumentos para o controle preventivo  <i>Administrative Misconduct: instruments or preventive control</i>  <i>Marcelo Rodrigues da Silva</i> .....253</p>	253
<p>A Ação Regressiva Acidentária do INSS, sua Natureza Jurídica e os Tribunais  <i>The Accident Regressive Lawsuit of INSS, its Legal Nature and the Courts</i>  <i>Maria Auxiliadora Castro e Camargo</i> .....275</p>	275
<p>O pedido de Invalidação como Instrumento Próprio ao Controle de Legalidade  <i>The request of Invalidation like a Proper Instrument to Legality Control</i>  <i>Raíssa Roese da Rosa</i> .....303</p>	303
<p><b>PARECER</b></p>	
<p>Parecer n. 17/2012-AMP/DPP/PGU/AGU Orientação para uma atuação uniforme dos órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União na propositura de ações de ressarcimento pelos danos decorrentes da usuração mineral  <i>Adriano Martins de Paiva</i>.....317</p>	317
<p><b>JURISPRUDÊNCIA COMENTADA</b></p>	
<p>O Patrimônio Cultural Brasileiro e o Sistema de Proteção dos bens arqueológicos  <i>The Brazilian Cultural Hritage and the Archaeological Sites Protection System</i>  <i>Genésia Marta Alves Camelo</i>  <i>Geraldo de Azevedo Maia Neto</i> .....355</p>	355
<p>Normas Editoriais ..... 375</p>	375

## EDITORIAL

A Advocacia-Geral da União tem a honra e ao mesmo tempo a satisfação de lançar a 34ª edição da sua Revista. Com esta edição fechamos o ano de 2012, contabilizando 11 anos de existência.

Nestes 11 anos a Revista da AGU divulgou mais de 300 artigos jurídicos, nas diversas áreas do direito, contribuindo com a comunidade jurídica na disseminação do conhecimento. A Revista divulgou, também, dezenas de pareceres elaborados pelos membros das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União.

Nesta edição a Revista da AGU contém além do tema institucional que aborda os “Novos Arranjos Institucionais: Redimensionamento das Capacidades Constitucionais pelo Papel Dialógico-Democrático da Advocacia-Geral da União”, dez artigos jurídicos que navegam, dentre outros, desde o direito constitucional, passando pelo direito civil, processual civil, tributário e previdenciário, bem como a divulgação do Parecer n. 17/2012-AMP/DPP/PGU/AGU e a Jurisprudência Comentada que aborda o tema “O Patrimônio Cultural Brasileiro e o Sistema de Proteção dos Bens Arqueológicos”, a saber:

“O Princípio da Boa-Fé na Interpretação e Integração dos Contratos no Código Civil Brasileiro e no Draft Common Frame of Reference” tem o objetivo de demonstrar como o princípio da boa-fé é utilizado na interpretação e na integração dos contratos especialmente no código civil brasileiro de 2002 e no Draft Cammon Frame of Reference.

“Aspectos Jurídicos relacionados ao Regime de Administração Especial, Intervenção e Liquidação Extrajudicial das Entidades Fechadas de Previdência Complementar” aborda as espécies em que a intervenção estatal se realiza sobre esses entes privados. Aborda, também, os poderes e limites conferidos ao gestor designado pelo Estado em busca do saneamento das irregularidades verificadas pelo órgão de fiscalização na entidade fechada ou em plano de benefícios por ela administrado.

“Democracia e Direitos Fundamentais: Propostas para uma Jurisdição Constitucional Democrática” tem como objetivo propor algumas medidas que podem manter a jurisdição constitucional no caminho da proteção dos direitos fundamentais.

“A Objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade” estuda o fenômeno da objetivação do controle difuso/concreto da constitucionalidade. A objetivação do controle incidental de constitucionalidade confere eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a decisões tomadas em processo inter partes, ou seja, de caráter subjetivo, tendo se fortalecido no âmbito nacional posteriormente à EC nº 45, com a introdução das figuras da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante.

“O Princípio da Transparência Fiscal e as Contribuições da Seguridade Social para o Custeio do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos Federais” traz estudo jurídico onde demonstra que este princípio é implícito na CF de 1988, e permeia toda a legislação infraconstitucional, especialmente a LC nº 101/2000 (LRF), exigindo-se que a Administração Pública seja clara na feitura e na execução do orçamento.

“Julgamento de Improcedência Prima Facie em Ações Repetitivas na Sistemática Processual Civil Atual e no Contexto do Projeto de Novo Código de Processo Civil” estuda a inserção do art.285-A do CPC e demonstra que o julgamento liminar da improcedência necessitou de uma fase de amadurecimento, propiciada por sua aplicação na prática judiciária, para encontrar o seu ponto de equilíbrio e assim servir como contribuição à obtenção de uma prestação jurisdicional mais efetiva. O projeto do novo CPC propõe alterações no julgamento liminar de improcedência, guiando-se pelo ideal de verticalização da prestação jurisdicional.

“O Devido Processo Legal na Dinâmica Jurisprudencial do STF” analisa o sentido jurídico e o alcance normativo da expressão “devido processo legal” na dinâmica jurisprudencial do STF, tendo em perspectiva os textos normativos, o magistério doutrinário e os precedentes judiciais do STF, sob as luzes do realismo jurídico ensinado por Alf Ross.

“Improbidade Administrativa: Instrumentos para o Controle Preventivo” analisa as formas de controle preventivo à improbidade administrativa. A partir da definição de ato de improbidade, trata da necessidade de sua prevenção e elenca os diversos meios de controle dos atos dos agentes públicos. Examina os princípios da Administração Pública, a atuação dos Tribunais de Contas, os códigos de conduta, a figura do ombudsman, as incompatibilidades a que se sujeitam os agentes públicos e o monitoramento de rendas e evolução patrimonial.

“A Ação Regressiva Acidentária do INSS, sua Natureza Jurídica e os Tribunais” Tem como objetivo revelar a maneira como o Superior Tribunal de Justiça vem tratando o tema e sua influência sobre a construção da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais.

“O Pedido de Invalidação como Instrumento Próprio ao Controle de Legalidade” estudo demonstrando que a invalidação de atos administrativos possui relação estrita com o princípio da legalidade. A figura do pedido de invalidação decorre do direito de petição, instrumento consagrado pela CF/1988, assegurando a todos os cidadãos com fim último de defesa de direitos em face de ilegalidade ou abuso de poder.

“O Parecer nº 17/2012-AMP/DPP/PGU/AGU” traz orientações para uma atuação uniforme dos órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União na propositura de ações de ressarcimento pelos danos decorridos na usurpação mineral.

A Jurisprudência Comentada que aborda o tema: “O Patrimônio Cultural Brasileiro e o Sistema de Proteção dos Bens Arqueológicos” trata da confusão entre os regimes jurídicos do tombamento e o estabelecido pela Lei nº 3.924/61 para a proteção dos bens arqueológicos. Enfoque dado a partir da sentença proferida pelo MM. Juiz da 1º Vara Federal da Seção Judiciária do Acre na Ação Civil Pública nº 1626.90.2012.4.01.3000.

A Escola da AGU parabeniza todos os autores dos artigos desta 34ª edição pelos brilhantes trabalhos aqui expostos e convida os apreciadores da boa leitura jurídica a saborearem esses ensinamentos que ora apresentamos.

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
Diretora da Escola da AGU





# NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS:<sup>1</sup> REDIMENSIONAMENTO DAS CAPACIDADES CONSTITUCIONAIS PELO PAPEL DIALÓGICO-DEMOCRÁTICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*NEW INSTITUTIONAL SETTINGS: RETHINKING THE  
CONSTITUTIONAL CAPACITIES BY THE DEMOCRATIC-  
DIALOGICAL RULE OF THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE*

*Luis Cláudio Martins de Araújo*

*Advogado da União, Mestrando em Direito -UFRJ*

*Pós-graduado em International Environmental Law - UNITAR*

*com extensão em International Law pela Hague Academy of International Law e  
pela (IAJC/OAS). Visiting Researcher pela Fordham University School of Law.*

*Pós-graduado em Processo Constitucional - UERJ.*

*Graduado em Direito -PUC-RIO*

---

<sup>1</sup> Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado à Faculdade Nacional de Direito (FND) e ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), na concorrência do Edital Universal nº 14/2011 (Processo nº 480729/2011-5) e no Programa Institucional de Bolsas em Iniciação Científica (PIBIC CNPq/UFRJ), pela Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), na concorrência do Edital nº 09/2011 (Processo nº E-26/111.832/2011), além de Bolsa de Iniciação Científica (IC-FAPERJ), e pela Coordenadoria de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O judicial review e a crítica institucional; 1.1 A Teoria Institucional e as capacidades constitucionais; 1.2 Os Efeitos Sistêmicos; 2 Novos arranjos institucionais: Redimensionamento das Capacidades Constitucionais pelo papel dialógico-democrático da Advocacia-Geral da União; 2.1 Histórico; 2.2 O papel dialógico-democrático da Advocacia-Geral da União; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** É notável a atuação expansiva do Poder Judiciário no cenário institucional mundial, protagonizado pelo modelo de constitucionalismo norte-americano. No entanto, nos procedimentos travados nas sociedades democráticas, a legitimidade das decisões judiciais deve operar a partir da construção de um processo deliberativo para a viabilidade do diálogo entre instituições. Dentro desta perspectiva, a Teoria das Instituições se apresenta como uma opção para apontar como, em um Estado Democrático de Direito, deve-se realizar a atividade institucional do ponto de vista jurídico-político, seja no desempenho de suas funções e competências, seja na relação sistêmica dialógica entre instituições. Neste diapasão, propõe-se analisar a instituição Advocacia-Geral da União (AGU), especialmente por meio de alguns mecanismos desenvolvidos nos últimos anos que, ao propiciarem diálogos entre as partes envolvidas em controvérsia, tentam buscar maior segurança jurídica e estabilidade institucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arranjos Institucionais. Capacidades Constitucionais. Diálogos-Democráticos. Advocacia-Geral da União.

**ABSTRACT:** It is remarkable the activist posture of the Judiciary Power setting worldwide, especially by the outcome of the American constitutionalism. However, in the procedures stated in democratic societies, it is necessary to understand that the legitimacy of a judicial decision should operate from a deliberative perspective for the viability of the dialogue between institutions. In this perspective, the institutional theory is a strong alternative to point out, from the legal-political standpoint, how should be performed the institutional activity in a democratic State, in the performance of it duties and competencies or in a systemic-dialogical relation between institutions. Thus, the goal of this article is the study of the Attorney General's Office from a institutional-dialogical perspective, taking into consideration some mechanisms developed in recent years, which brought juridical strength and institutional stability to the Brazilian legal system.

**KEYWORDS:** Institutional Settings. Constitutional Capacities. Democratic-Dialogue. Attorney General's Office.

## INTRODUÇÃO<sup>2</sup>

O debate sobre as Teorias Institucionais tem ocupado grande espaço na doutrina jurídico-político norte-americana e, mais recentemente, brasileira. Este debate, pautado, sobretudo, na Teoria Dialógica Institucional, parte da premissa que as instituições devem ser investigadas em suas atividades e situações estruturais.

Neste sentido, deve-se partir da premissa de que, no âmbito das atividades institucionais, as controvérsias devem ser resolvidas por meio de uma atividade dialógica, problematizando o tradicional comportamento isolacionista das instituições brasileiras, dentro do parâmetro central de cooperação entre as instituições em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade, através da produção dos efeitos sistêmicos.

Ou seja, a partir da preocupação doutrinária exposta principalmente por parte dos teóricos norte-americanos, iniciada na última década, dedica-se ao tema das instituições, num plano jurídico-político e a necessidade de releitura do papel das instituições na revisão constitucional.

Neste sentido, a partir desta leitura, devem ser encontrados parâmetros que compreendam mecanismos e instrumentos capazes de aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo das relações entre a Advocacia-Geral da União (AGU) e as demais instituições, pela via sistêmico-dialógica, superando as tradicionais teorias de interpretação constitucional e de separação de poderes, a partir da conciliação das instituições, em uma comunidade cooperativa jurídico-política, responsáveis pela atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais.

Assim, o comportamento da AGU deverá ser analisado, tendo em conta critérios de interpretação, decisão, atuação e cooperação, no que tange suas capacidades deliberativas e dialógicas, recorrendo aos fundamentos dos valores constitucionais e da razão pública. Em um plano mais específico, também será analisado se as Súmulas, os Pareceres e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) configuram um crescimento para o diálogo entre instituições, apto a produzir efeitos sistêmicos positivos na ordem jurídica, verificando a

---

<sup>2</sup> Gostaria de agradecer às graduandas da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro Gabriela Vieira Leonardos, Amanda Pierre de Moraes Moreira, Bruna Cavalcanti, e Fabiana Pacheco pelo apoio fundamental ao desenvolvimento e arranjo final deste texto.

existência ou não de uniformidade na capacidade de interpretação do texto constitucional e de uniformidade nos procedimentos decisoriais.

## 1. O JUDICIAL REVIEW E A CRÍTICA INSTITUCIONAL

### 1.1 A Teoria Institucional e das capacidades constitucionais

Ao se analisar a história recente do constitucionalismo dos Séculos XIX e XX<sup>3 4</sup>, observa-se que por um longo período de tempo os Estados Unidos da América permaneceram como o único Estado a submeter as decisões emanadas do Poder legislativo, dotadas de legitimidade democrática, à jurisdição constitucional<sup>5 6</sup>. Esta ideia é inaugurada com o julgamento "Marbury v. Madison"<sup>7 8</sup> pela Suprema Corte dos Estados Unidos ao

- 3 É possível encontrar em instituições pré-modernas, antepassados da jurisdição constitucional, como por exemplo, na Grécia, em que era possível invalidar decretos de agentes designados pelas assembleias para conduzirem a administração – o procedimento dessa invalidação era chamado de *grapheparanomon* – e ocorria quando os agentes designados estabeleciam decretos que violavam as regras superiores elaboradas pelas assembleias. Talvez este tenha sido o antecedente mais antigo da jurisdição constitucional.
- 4 Na Inglaterra do século XVII pré-parlamentarista se desenvolveu o início da jurisdição através da common law, como no caso Bonham em que uma lei que dava à corporação de ofício dos médicos a possibilidade de impor multas, julgá-las e ficar com a receita da multa caso correta sua aplicação, foi considerada violadora da common law, tendo em vista a imparcialidade no julgamento das multas, já que a instituição que julgava era beneficiada por um dos resultados.
- 5 O artigo III da Constituição afirma que o "poder judicial dos Estados Unidos, será investido em uma Suprema Corte, e em tribunais inferiores como o Congresso ordenar e estabelecer."
- 6 Antes do New Deal, os americanos colocavam maior ênfase na tradicional divisão de responsabilidades entre os estados e o governo federal; sobre os direitos dos estados em geral; e sobre a autonomia individual entendida em um sentido libertário. Além do que, eles eram muito mais desconfiados do poder do Estado. O debate moderno sobre o papel do judiciário federal na democracia americana se originou com o aumento lento do Estado nacional no final do século XIX.
- 7 Nos Estados Unidos existia o cargo de juiz de paz, nomeado pelo presidente e entregue pelo secretário de justiça. Na época, o presidente John Adams nomeou Marbury, mas a comissão para o cargo não lhe foi entregue. Na eleição presidencial seguinte, John Adams foi derrotado pelo candidato do partido rival, Thomas Jefferson, que se recusou a dar posse àquele juiz de paz indicado pelo antigo presidente. Assim, Marbury impetrou *writ of mandamus* contra o secretário de justiça de Jefferson, Madison, para que pudesse se tornar juiz de paz. O caso foi para a Suprema Corte, que era um órgão novo e ainda não exercia muita influência na sociedade, e pela primeira vez teria que analisar se deveria prevalecer a lei ou a Constituição. A decisão estabeleceu que Marbury estava certo, ou seja, tinha o direito de tornar-se juiz de paz e a propositura da ação para obrigar o Estado a cumprir seu dever era o procedimento correto. Porém, se afirmou que a Suprema Corte não tinha competência para o julgamento do caso. Isso porque a lei que estabeleceu essa competência estava em desacordo com o estabelecido na Constituição. Assim, a Suprema Corte norte-americana inaugurou a *judicial review*, que corresponde ao controle de constitucionalidade, utilizando a lógica de Marshall. Ou seja, John Marshall que era o *Chief of Justice* manejou o seguinte raciocínio: Se a lei tem mesma ou menor força que a Constituição, o pré-determinado papel da Constituição como limite ao legislador não procederia. Assim, se houver conflito entre a aplicação de uma lei e a Constituição, a regra constitucional deverá prevalecer, por ser hierarquicamente superior.
- 8 No famoso ensaio de Alexander Hamilton sobre o poder judicial em "O Federalista" n° 78 está claramente se discutindo a independência judicial, não o judicial review no sentido moderno. Hamilton começa sua discussão sobre "o direito dos tribunais pronunciarem atos legislativos nulos". Se um

entender que no conflito entre a aplicação de uma lei e a Constituição, a regra constitucional deverá prevalecer por ser hierarquicamente superior. Contudo pode-se atribuir à ratificação das emendas da Guerra Civil (em especial a Décima Quarta Emenda), ao *Jurisdiction and Removal Act* de 1875 e ao *Judiciary Acts* de 1891 e 1925, os instrumentos mais relevantes para o aumento da atividade e competência da Suprema Corte, nos termos do artigo III da Constituição, ao dar-lhe maior capacidade para controlar processos e direcionar sua atenção aos casos constitucionais<sup>9</sup>.

Assim, pode-se afirmar que o judicial review contemporâneo é mais uma criação do Estado moderno do que uma ideia aceita do final do século XVIII. Ou seja, a versão moderna do judicial review não é simplesmente um poder judicial discreto, mas uma instituição complexa que inclui importantes concessões que se fizeram depois da Guerra Civil e de uma série de entendimentos construídos ao longo dos anos entre os ramos do governo.

Na verdade, a instituição moderna de judicial review e da doutrina da supremacia judicial não existia no final do século XVIII e na founding generation. Com a criação do Poder Judiciário, o framers eram principalmente preocupados com o estabelecimento da independência judicial, isto é, com o esquema de separação de poderes, poderes compartilhados e freios e contrapesos consagrados na Constituição.

De toda sorte, no caso da Suprema Corte Norte-Americana<sup>10</sup>, principalmente a partir de meados dos anos 1930, se inicia o debate moderno sobre a Supremacia do Judiciário e o papel do Tribunal no

---

determinado ato é contrário à Constituição deve ser considerado inválido. Os tribunais estariam em uma boa posição para fazer cumprir a vontade do povo como “um corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, entre outras coisas, manter o Legislativo dentro dos limites atribuídos à sua autoridade.” O argumento do Chief Justice John Marshall no caso *Marbury vs Madison* é semelhante em alguns aspectos ao de Hamilton. Marshall começa com a pergunta geral “se um ato, repugnante à Constituição, pode se tornar a lei da terra.” Marshall argumenta que o poder judicial para declarar a legislação nula é uma implicação necessária do status da Constituição como lei suprema. Uma vez que «é enfaticamente o poder e o dever do Poder Judicial dizer o que a lei é», uma lei em conflito com a Constituição deve ser considerada inválida. Assim, qualquer outro resultado permitiria ao legislador fazer “o que é expressamente proibido”. Marshall conclui que «uma lei repugnante à Constituição é nula.»

9 Antes de 1860, apenas duas leis federais foram consideradas inconstitucionais, juntamente com trinta e cinco disposições da lei estadual e local. Após 1860, o ritmo em que as leis estaduais e locais foram consideradas inconstitucionais aumentou consideravelmente e a invalidação de leis federais tornou-se comum.

10 BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo *In: Temas de direito constitucional, t. IV*, 1 ed. Renovar, 2009. p.144 e s.

sistema político<sup>11</sup> como se observa na crise do “Court-Packing” de 1937<sup>12</sup> e na discussão do papel legítimo que o Tribunal poderia desempenhar para defender o Bill of Rights contra incursões majoritárias, como se observa do raciocínio que emerge claramente da famosa nota de rodapé quatro em *United States v Carolene Products Co*<sup>13 14</sup>.

Ademais, no que toca ao continente europeu, a ideia do judicial review desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial<sup>15</sup> e se aprofunda no fim do século XX<sup>16</sup>, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida com a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficariam imunizados contra a ação danosa do processo político majoritário e sua proteção passava a caber ao Judiciário<sup>17</sup>.

De toda sorte, em um período mais recente, principalmente no final da segunda quadra do Século XX e início do Século XXI, a participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes constituídos, inaugura a ideia da Supremacia do

- 
- 11 O Tribunal tomou inúmeras decisões contrárias aos interesses daqueles que buscavam as reformas sociais e econômicas. Este período foi chamado de a era Lochner após o julgamento de *Lochner v New York* de 1905. O período Lochner foi superado pelo *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.
  - 12 Em 1935-36, o Tribunal decidiu oito casos importantes contra o New Deal e assim provocou a crise do “Court-Packing” de 1937, em que Roosevelt tentou forçar a nomeação de novos juízes para o Tribunal. O plano de Roosevelt foi derrotado, mas ele logo foi capaz de colocar um número de adeptos do New Deal no Tribunal. Na verdade, mesmo antes de Roosevelt assegurar estas nomeações, o Tribunal já havia mudado de direção e começou a considerar a legislação do New Deal constitucional em bases regulares. Contudo, a crise do «Court-Packing» foi importante para o desenvolvimento da teoria constitucional norte-americana. Os estudiosos chegaram à conclusão de que era um erro para o Tribunal se opor a uma determinada maioria nacional com base em nada mais que um desejo de proteger os direitos de propriedade. O debate do New Deal mostrou que houve uma tensão entre o exercício do *judicial review* e do governo democrático, uma tensão que muitos sentiam que devesse ser resolvida em favor da democracia.
  - 13 Essencialmente, o Tribunal declarou que deve fazer cumprir rigorosamente a Constituição, quando a legislação em causa (1) violar um direito específico identificado no texto da Constituição, (2) excluir os cidadãos do processo político, ou (3) for resultado de preconceito contra minorias.
  - 14 Nesse sentido, podemos compendiar os seguintes exemplos: o direito à não-auto-incriminação (*Miranda v. Arizona, 1966*), liberdade de imprensa (*New York Times v. Sullivan, 1964*), a legitimidade da segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education, 1954*), dentre outros inúmeros casos.
  - 15 A Alemanha e a Itália instituíram Cortes Constitucionais no pós-guerra.
  - 16 Portugal e Espanha após suas respectivas revoluções e os países do leste Europeu e as ex-repúblicas Soviéticas criaram suas Cortes Constitucionais com a queda de seus regimes.
  - 17 Na Europa dos dias de hoje, Reino Unido, Holanda e Luxemburgo são os únicos países que ainda mantêm o padrão de supremacia do Parlamento e não adotam nenhuma modalidade do *judicial review*.

Judiciário. Percebe-se então a aplicação do texto constitucional em todas as suas potencialidades e a ascensão do Judiciário ao papel de protagonista diante dos demais Poderes constituídos<sup>18</sup>.

No caso brasileiro<sup>19</sup>, o texto constitucional de 1988 marcado pela prodigalidade de direitos e a ampliação de poderes da jurisdição do Supremo Tribunal Federal culminou em uma expansão dos papéis do Poder Judiciário e em um crescente processo de judicialização da política e das relações sociais, associada a uma forte tentativa de redefinição institucional norteadas pelos ideais de concentração e vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>20</sup> com a ocupação de vazios constitucionais conferidos ao Poder legislativo pelo Poder Judiciário<sup>21</sup>. Além disto, a permanente desconfiança e o questionamento da legitimidade em relação aos Poderes Legislativo e Executivo acarretam o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário, que emite a última palavra sobre questões constitucionais.

Contudo, em uma sociedade pluralista, marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, a legitimidade das decisões judiciais depende de que o procedimento democrático de decisão coletiva seja compatível com as diferentes concepções de justiça existentes em uma sociedade<sup>22 23</sup>. Ou seja, as decisões judiciais, no contexto de práticas institucionais, deve envolver a devida reflexão das concepções que possam ser compartilhadas com base em um acordo racional, bem-informado e voluntário<sup>24 25</sup> na projeção conceitual de um sistema que permita que as decisões judiciais sejam desenvolvidas de forma coerente

18 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

19 No Brasil, principalmente através de Rui Barbosa, influenciado pela jurisdição constitucional norte-americana, o controle de constitucionalidade incidental é inserido na Constituição de 1891 e se desenvolve ao longo das demais cartas constitucionais, especialmente com a Constituição de 1988, onde a jurisdição constitucional se amplia e se torna a mais democrática.

20 VALLE, Vanice Regina Lírio do. et alli. (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 36-37.

21 ex União Homoafetiva (ADPF 154); Pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510); Caso Ellwanger (HC 82424); Demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388); Não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130).

22 WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 111.

23 WALDRON, Jeremy. *Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative*. 25 U. MICH. J.L. REFORM 751 (1991-1992) at 778.

24 RAWLS, John. *O liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

25 RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

com outras instituições e Poderes Constituídos, a partir de uma visão de previsibilidade e equidade<sup>26</sup> em que não haja inconsistência ou dissonância

<sup>27</sup> <sup>28</sup> <sup>29</sup>

Dentro desta visão, pode-se afirmar que não há uma concordância sobre a forma pela qual as instituições básicas de uma democracia constitucional devem ser organizadas para satisfazer os termos equitativos de cooperação entre cidadãos considerados livres e iguais entre si<sup>30</sup> <sup>31</sup>, existindo assim uma profunda discordância sobre a melhor maneira de se efetivar os valores da liberdade e da igualdade na estrutura básica da sociedade<sup>32</sup> <sup>33</sup>.

<sup>26</sup> Assim, para responder à questão da justiça como equidade, Rawls propõe dois princípios de justiça: a) toda pessoa tem igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos (projeto este compatível com os demais) e nesse projeto as liberdades políticas deverão ter seu valor equitativo garantido; b) as desigualdades sociais e econômicas devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades e devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. Da junção destes dois princípios (com prioridade do primeiro sobre o segundo), decorrem as instituições básicas de uma democracia constitucional, bem como as características e elementos principais de uma concepção liberal de justiça. Logo uma concepção política de justiça deve envolver a devida reflexão (equilíbrio reflexivo) das concepções dos indivíduos refletidas em todos os níveis de generalidade. Assim, a justiça como equidade tem sua ideia organizadora em uma sociedade concebida como um sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais. Além do que tem como objetivo uma concepção de justiça que possa ser compartilhada pelos cidadãos com base em um acordo político racional, bem-informado e voluntário.

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald, *Hard Cases*. in *Taking Rights Seriously*, p. 113.

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 254.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 17.

<sup>30</sup> RAWLS, John. *O liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

<sup>31</sup> Desta forma, o exercício da dinâmica institucional é justificável quando exercido de acordo com valores essenciais cujos elementos se pode esperar que razoavelmente todo cidadão possa aderir, a partir de uma razão compartilhada da concepção de justiça dentro de consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis e racionais.

<sup>32</sup> Ou seja, o liberalismo político procura uma concepção política de justiça que possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto que abarque doutrinas religiosas, filosóficas, morais razoáveis e racionais. Cada cidadão deve estar disposto a explicar os princípios e políticas que defende, bem como ter a disposição de ouvir os argumentos contrários. Os cidadãos devem conduzir suas discussões baseados em valores que se pode razoavelmente esperar que os outros subscrevam. Aquilo que aceitamos com base na razão e na reflexão bem informada é livremente aceita. Ligado a estas questões está a noção de sociedade bem-ordenada, no sentido se uma sociedade na qual cada indivíduo aceita- e sabe que todos os demais indivíduos aceitam- os mesmos princípios de justiça.

<sup>33</sup> Uma concepção política de justiça para Rawls se liga à estrutura básica de uma sociedade, englobando as principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade e a maneira pela qual se combinam em um sistema unificado de cooperação social de uma geração até a seguinte. Logo, a



Ou seja, as instituições precisam estabelecer uma dinâmica segura na adoção de visões preponderantes devidamente compartilhadas para a atuação das mesmas<sup>34 35</sup>. Uma reflexão sobre tais visões deve estar diretamente relacionada à ideia de constitucionalidade e de razão pública, como uma cultura constitucional-democrática e desenvolvida como uma instrumentalização racional da comunicação e interação entre seus atores discursivos. Não é mais possível conduzir a atividade do Estado Democrático apenas pela funcionalidade normativa da interpretação constitucional. É necessário, por isso, a conciliação entre os valores constitucionais e a razão pública, na realidade prática da estruturação e da atuação institucional. Ou seja, as instituições, em uma comunidade na qual haja cooperação jurídico-política, tornam-se as responsáveis pela concretização democrática da Constituição nas sociedades atuais.

É exatamente neste contexto que surge a discussão sobre o redimensionamento do papel do Poder Judiciário, principalmente por

---

justiça como equidade parte da ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo de uma geração até a seguinte. Da mesma forma, a teoria da justiça como equidade é uma concepção liberal (ainda que esta concepção seja moral, ela não será concebida como uma doutrina moral abrangente), bem como uma concepção de justiça válida para uma democracia, proporcionando uma base para os princípios constitucionais e para os direitos e liberdades básicas. Além do que, o objetivo da teoria da justiça como equidade não é metafísico ou epistemológico, mas sim formar uma base para um acordo político informado e voluntário entre cidadãos livres e iguais.

- 34 Rawls também discute a questão do construtivismo político em contraste ao construtivismo moral de Kant e ao intuicionismo racional. Assim, o construtivismo político afirma que após a obtenção do equilíbrio reflexivo, os princípios de justiça política podem ser representados como resultado de um certo procedimento de construção. Neste procedimento, modelado de acordo com a posição original, os agentes racionais selecionam os princípios públicos de justiça que devem regular a estrutura básica da sociedade. Assim, uma concepção política construtivista assegura em uma sociedade democrática a possibilidade de um consenso sobreposto e desenvolve os princípios de justiça a partir das ideias públicas e compartilhadas da sociedade enquanto sistema equitativo de cooperação de cidadãos livres e iguais.
- 35 Rawls trabalha ainda a questão da posição original trabalhando a concepção tradicional de justiça que especifica os princípios adequados para realizar a liberdade e a igualdade. Neste sentido, deve-se buscar um ponto de vista a partir do qual um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais possa ser estabelecido. A posição original com os traços do “véu da ignorância” (*veil of ignorance*) é este ponto de vista. Por sua vez a ideia de “véu da ignorância” se liga à ausência de conhecimento da posição social ou a doutrina abrangente das partes. Ou seja, para haver um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais deve-se eliminar as vantagens que surgem em função das tendências sociais, históricas e naturais. Logo, a posição original deve ser considerada um artifício de representação e todo acordo entre as partes como hipotético e não histórico. Rawls trata da posição original como um caso de justiça procedimental pura, no sentido de que os princípios de justiça apropriados para especificar os termos equitativos de cooperação social são aqueles que seriam selecionados como resultado de um processo de deliberação racional (ao contrário de justiça procedimental perfeita em que já há um critério já determinado do que é justo). Assim, as partes não seriam obrigadas a aplicar nenhum princípio de justiça delimitado previamente.

meio da Teoria Institucional, que representaria um novo modelo de proteção de direitos constitucionais em relação ao modelo constitucional norte-americano.

Ou seja, as Teorias Institucionais vem discutindo, atualmente, a legitimidade da atuação entre os Poderes de Estado e como as instituições devem ser investigadas em suas atividades e situações estruturais. Por isso, deve-se buscar identificar se, no âmbito da atividade das instituições, as controvérsias são resolvidas por meio de uma atividade dialógica ou isolada, enfatizando a cooperação entre as instituições em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade, e estabelecendo mecanismos e instrumentos capazes de aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo das relações entre as instituições pela via sistêmico-dialógica, superando as tradicionais teorias de interpretação constitucional e de separação de poderes.

Logo, a conciliação das instituições, em uma comunidade cooperativa jurídico-política, são as responsáveis pela atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais, gerando a integração estável das instituições no plano mais cooperativo possível, e, desta forma, os processos deliberativos devem considerar os resultados de sua deliberação, bem como a aptidão daquela instituição para decidir aquela situação de maneira cooperativa.

Nesse sentido, o contínuo diálogo permite a participação das instituições em um diálogo sobre a determinação do equilíbrio apropriado<sup>36</sup> em que a proteção de direitos deve envolver a atuação conjunta de todas as instituições, a partir da percepção de que todas são responsáveis por uma dimensão da tarefa de guarda da Constituição, sobretudo no contexto de sociedades marcadas por desacordos persistentes a respeito das mais variadas questões.

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule em “Interpretation and Institutions”<sup>37</sup>, observaram este ponto dispondo que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem a atenção à legitimidade das autoridades responsáveis pela construção da decisão judicial. Neste sentido, a partir das capacidades institucionais destas autoridades, é possível entender como determinados agentes

36 TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005, p. 617 – 648.

37 SUNSTEIN, Cass R. and VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper nº 28.

públicos devem interpretar certos dispositivos legais, ou em outras palavras, a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria<sup>38 39</sup>.

Sob esse prisma, Jeremy Waldron destaca a possibilidade de uma rede de reciprocidade, arquitetada a partir de um procedimento democrático de decisão coletiva compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade pluralista<sup>40 41</sup>, e Rosalind Dixon também comunga deste entendimento quando sugere a principal diferenciação deste modelo no mundo Anglo-Americano em comparação aos EUA se dá pelo fato de que ele ajuda a “transformação do discurso dos direitos constitucionais de um monólogo judicial em um rico e mais equilibrado diálogo inter-institucional”, assim, “reduzindo, se não eliminando, a tensão entre a proteção judicial dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática”<sup>42</sup>.

Da mesma forma, não parece suficiente a tradicional teoria da separação dos poderes<sup>43</sup> como parâmetros únicos à formulação de um Estado Democrático. A problemática da atuação institucional deve ser analisada em sua atividade e em suas situações internas estruturais. Por isso, os mecanismos institucionais passarão por essa análise, verificando

38 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

39 Segundo Rodrigo Brandão, em situações de grande complexidade, a Corte pode se deparar com falta de informações, circunstâncias mutáveis e desacordo moral razoável. Assim, uma eventual postura maximalista em face de questões altamente complexas aumenta a possibilidade de erro e a dificuldade da sua correção, sobretudo se adotada pela Suprema Corte em regimes de supremacia judicial, nos quais a sua interpretação constitucional só pode ser revertida por nova decisão da Suprema Corte ou por Emenda Constitucional. Mesmo uma decisão boa, porém precipitada, pode gerar efeitos ruins à democracia, pois a colocação de uma visão sobre questão controvertida fora do alcance de maiorias legislativas ordinárias produz tendencial polarização no debate político, já que os perdedores não se sentirão reconhecidos pelo projeto constitucional e tenderão a radicalizar os seus discursos e práticas.

40 WALDRON, Jeremy, A Right-Based Critique of Constitutional Rights, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), 18, at \_\_\_; JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement* (OUP1999), Chs. 10- 11.

41 WALDRON, Jeremy. Teaching Cosmopolitan Right, in Kevin McDonough and Walter Feinberg (eds.) *Education And Citizenship In LiberalDemocratic Societies: cosmopolitan values and cultural identities* (Oxford University Press, 2003).

42 DIXON, Rosalind. *Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism*. The Law School. The University of Chicago, May/2011. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper No. 348. Cópia eletrônica disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1833743>.

43 A tradicional teoria da separação de poderes é atribuída a Charles de S. de Montesquieu, em seu livro “O espírito das leis”. O modelo norte-americano dos *checks and balances* (freios e contrapesos, no Brasil), proposto pelos federalistas, é uma evolução dessa teoria.

o respeito empenhado aos fundamentos constitucionais e de razão pública. Neste sentido, é certo que a atuação das instituições é guiada pelos valores constitucionais conforme aos fundamentos da ordem democrática. Ou seja, pode-se afirmar que a ausência de parâmetros interpretativos e decisórios quanto à atuação e à cooperação resultam, em parte, do ativismo – ou da preponderância – de um dos Poderes na atividade democrática, e da anuência e do silêncio dos demais. Por conta disso, a tomada de decisões pelos juízes sem a devida consideração às capacidades institucionais deve ser repensada, em nome de uma maior segurança jurídica, de maior estabilidade institucional e objetivando a concretização do real Estado Democrático de Direito.

Desta forma, o que se deseja é a integração estável das instituições, no plano mais cooperativo possível, e por isso, as instituições não podem ser reduzidas ao plano formal da divisão de Poderes e atuarem no limite de suas funções programáticas. Ao contrário, devem atuar dialogicamente, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da coletividade, resultados de uma prática discursiva racional. Neste sentido, pode-se entender que a partir desta visão que devem ser pautadas nos meios juridicamente legítimos de coadjuvação das instituições, orientados a partir do diálogo institucional que coloque em xeque a Supremacia do Poder Judiciário com base em mecanismos de cooperação institucional em um diálogo dinâmico e deliberativo, sublinhando a idéia de que a jurisdição deve ser legitimamente exercida tendo em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os Poderes Constituídos.

Como resultado, a legitimidade das decisões judiciais dependem de pluralismo e consensualismo, arquitetados a partir de uma cadeia de reconhecimento pelos demais Poderes Constituídos, na certeza de que o comprometimento de cada componente é a pedra de torque para criação de uma diálogo plural que permita a transformação da sociedade.

Portanto, é imprescindível a construção de um ambiente institucional pautado na cooperação, na deliberação e no diálogo, com critérios uniformes no que tange à interpretação, à decisão e à atuação das instituições. E, neste sentido, cabe à Teoria das Instituições propor formas de realizar a atividade institucional sob o ponto de vista jurídico-político, e nesse quesito respeitar os fundamentos constitucionais e os valores da razão pública torna-se essencial à criação de uma identidade institucional. Por isso, a atuação das instituições desempenha um papel central à democracia, representando a possibilidade de concretizar os valores constitucionais e de legitimar o Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, assim, que é cada vez mais necessário entender o Estado Democrático de Direito por uma perspectiva institucional, visto que um Estado organizado significa um Estado institucionalizado em ordens de atividade, ou seja, interpretação, decisão, atuação e cooperação das instituições. Faz-se necessário, portanto, que as prerrogativas e deveres institucionais sejam determinados democraticamente, partindo-se dos mesmos fundamentos constitucionais e de razão pública, e, mais concretamente, que o exercício dessas atividades passe por um procedimento que possa ser concebido como legítimo pela sociedade.

## 1.2 Os Efeitos Sistêmicos

Quando se busca fazer uma pequena análise dos efeitos resultantes de um sistema em uma determinada sociedade democrática<sup>44</sup>, naturalmente deve se ter em conta que tal análise se mostra como um instrumental necessário ao uso da teoria jurídica, principalmente quando relacionados à teoria dos diálogos institucionais. Ao guiar-se por este sentido, é possível constatar o processo de construção dos efeitos pré-determinados por uma ordem no trato da comunicação e cooperação entre instituições.

Ou seja, a partir da compreensão da estrutura do Estado Democrático de Direito, percebe-se que para se alcançar o objetivo último de efetividade da democracia, da segurança jurídica e da estabilidade constitucional, é imprescindível reconhecer os efeitos sistêmicos presentes dentro do ordenamento jurídico e, essencialmente, na relação institucional<sup>45</sup>. Dessa maneira, para alcançar esses objetivos, dentro da abordagem da teoria dos efeitos sistêmicos, reafirma-se a relação dialética e interdependente que existe entre as instituições, que têm como alvo o funcionamento da máquina estatal, sendo este o mais eficiente possível.

Neste sentido, a produção de um diálogo efetivo entre as instituições viabiliza o abandono dos efeitos sistêmicos como meros integrantes teóricos do ordenamento jurídico e o afloramento para o plano de alcance

44 VERMEULE, Adrian. *System Effects and the Constitution*. Harvard Law School Paper, n. 642, 2009.

45 O reconhecimento dos efeitos sistêmicos é imprescindível dentro do ordenamento jurídico e essencialmente na relação interinstitucional. Essa constatação foi muito bem observada por A. Vermule no trabalho "System Effects and the Constitution", sob a ótica do caráter analítico inerente ao papel do juiz na sua atuação.

dos objetivos constitucionais<sup>46</sup>. O risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis pode recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do intérprete, que não tem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões. Da mesma forma que se discute a conduta adotada pelas instituições, a fundamentação interpretativa possui proporcional importância. Com o objetivo de preservar os objetivos constitucionais e promover a manutenção da democracia, a atuação institucional não deve se pautar apenas na interpretação legalista e normativa da letra da lei. Essa postura essencialmente positivista tende a prejudicar a comunicação entre as instituições, podendo, então, acarretar consequências prejudiciais que contribuirão para a maior burocratização e afogamento do sistema.

Ou seja, a hermenêutica constitucional centra-se na produção de distintas interpretações realizadas pelas instituições sobre mesma matéria de Direito. Destarte, a questão interpretativa abarcada na postura das instituições termina por expor a necessidade de produzir uma semelhança nas abordagens da lei, a favor de atingir os efeitos sistêmicos. Essa interpretação, como já dito, não pode carecer de uniformidade de critério. Ainda assim, a natureza da melhor abordagem do escopo da lei dada pela instituição se pode mudar, tomando as ações dos outros como restrições não ideais.

Além da necessidade de situar os parâmetros interpretativos das instituições, a própria relação institucional origina barreiras ao diálogo efetivo. Essas limitações são decorrentes no trato do comportamento de uma instituição com outra, em alguma questão específica, o que depende das competências de ambas. De acordo com esse contexto, produz-se um efeito camaleônico no método de estabelecimento do diálogo institucional. Ou seja, os benefícios sistêmicos que o camaleão legal<sup>47</sup> cria pode ser

46 Segundo Rodrigo Brandão, a frequente desconsideração da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos faz com que as tradicionais teorias de interpretação do Direito pressuponham uma visão idealizada e romântica das capacidades judiciais, segundo a qual o juiz teria todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos, ou, em outras palavras, para construir a “correta interpretação» (first best theory) mesmo em face de questões muito complexas. Se, entretanto, o jurista estiver consciente das suas limitações de tempo e de conhecimento, e da consequente elevação dos custos de erro e de decisão quando se deparar com questão complexa, tomará uma decisão de segunda ordem de decidir casos (decisão sobre como decidir), via de regra, segundo razões rasas e estreitas. Rasas, pois os juízes minimalistas preferirão entendimentos mais modestos e largamente compartilhados a controvertidas questões de princípio. Estreitas, pois os juízes minimalistas preferirão decidir o caso a construir teorias que abrangem uma grande variedade de casos.

47 VERMEULE, Adrian. *System Effects and the Constitution*. Harvard Law School Paper, n. 642, 2009.

alcançado ao nível sistemático. Assim, a interação cooperativista e eficaz entre instituições se mostra mais clara na afirmação da democracia e no cumprimento dos valores constitucionais.

Além disso, dentro da estrutura brasileira, o surgimento de efeitos do sistema que não foram pré-determinados faz com que estes se tornarem invisíveis quanto a sua possível existência e às suas consequências para atores públicos e privados variados. Ou seja, a prolação de decisão que não se limite a decidir o caso concreto, e que prefere antes abordar um sem-número de situações, valendo-se de densas teorizações ao invés de regras claras e preexistentes, apresenta o potencial de produzir consequências não antecipadas pelo tomador de decisão que podem ser bastante danosas.

Portanto, esta dinâmica de condutas institucionais se fundamenta na necessidade de se firmar tanto um equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo, quanto de se ressaltar a importância das instituições frente ao Estado<sup>48</sup>. Assim, a teoria de diálogo institucional busca promover um equilíbrio não só entre os três grandes poderes, mas também entre as instituições. Para tanto, é essencial a produção de uma comunicação não ruidosa entre as partes com o objetivo final e principal de alcance dos benefícios sistêmicos.

## **2 NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS: REDIMENSIONAMENTO DAS CAPACIDADES CONSTITUCIONAIS PELO PAPEL DIALÓGICO-DEMOCRÁTICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**

### **2.1 Breve histórico da Advocacia-Geral da União**

Quando se busca fazer um pequeno apanhado histórico do papel da Advocacia-Geral da União (AGU), deve-se atentar para o fato de que antes da promulgação da Constituição da República de 1988 a representação judicial da União (Administração direta) estava a cargo do Ministério Público da União<sup>49</sup>. Da mesma forma, as atividades de

48 SUNSTEIN, Cass R. and VERMEULE, Adrian, *Interpretation and Institutions*, Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper n. 28.

49 Na verdade, observa-se que durante o período colonial e imperial as Ordenações Afonsinas já previam o cargo de Procurador dos Nossos Feitos, ao qual se incumbia, precipuamente, a defesa dos direitos da Coroa, a preservação do patrimônio ou dos bens reais, e, ainda, a função de defesa de órfãos, viúvas e pobres, sem que deles pudesse cobrar honorários. Com as Ordenações Filipinas, vigentes a partir de 1.603, cria-se o Procurador dos Feitos da Fazenda, criado para exercer atribuições referentes aos feitos

consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo estavam confiadas à Advocacia Consultiva da União- que tinha como instância máxima a Consultoria-Geral da República e era composta pelas Consultorias Jurídicas (nos demais Ministérios, Estado-Maior das Forças Armadas e Secretarias da Presidência da República) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (no Ministério da Fazenda)- e pelos órgãos jurídicos dos Gabinetes Militar e Civil da Presidência da República, pelas Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e das fundações federais, e pelos órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União.

A Advocacia-Geral da União portanto nasceu da necessidade de organizar em Instituição única a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo, desvencilhando o Ministério Público da representação judicial da União, por vezes incompatível com os seus outros misteres<sup>50 51 52</sup>.

## 2.2 O papel dialógico-democrático da Advocacia-Geral da União

Ao se analisar o quadro institucional brasileiro, é visível observar que as instituições do país carecem de uniformidade interpretativa do texto constitucional, além do fato de que não encontram parâmetros similares para tomadas de decisões integradas. Neste sentido, as instituições falham em responder legitimamente às demandas sociais, uma vez que não se conformam e se reestruturam sobre os parâmetros constitucionais e os valores da razão pública para objetivo de cooperação.

---

fazendários, antes atribuídas ao Procurador dos Nossos Feitos. Com a criação da “Relação do Estado do Brasil”, instalada, no ano de 1.609 em Salvador, fundiram-se, no Brasil, as funções do cargo de Procurador dos Feitos da Corôa e as funções do Procurador dos Feitos da Fazenda.

- 50 CASTRO, Aldemario Araujo. Da privatividade do exercício das funções institucionais da Advocacia-Geral da União por seus membros. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 96, p. 7-14, fev. 2009.
- 51 GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre ‘Logares’, Cargos e Carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa história em construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- 52 SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



Neste sentido, observa-se com bastante clareza que alguns mecanismos desenvolvidos nos últimos anos pela AGU, ao propiciarem diálogos entre as partes envolvidas em controvérsia, tentam buscar maior segurança jurídica e estabilidade institucional ao país. Neste contexto, dentro das novas diretrizes e aspectos dialógicos da AGU, compreende-se como esses novos mecanismos *têm colaborado a um quadro brasileiro* mais cooperativo e dialógico, a partir da atividade democrática da Advocacia-Geral da União desenvolvida pelas Súmulas, pelos Pareceres e pelas *Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União*.

No que toca às Sumulas e Pareceres da AGU, como sabido, a postura da Administração Federal na esfera administrativa não pode ser oposta àquela adotada em juízo. Ou seja, em respeito à ética, ao princípio constitucional da moralidade administrativa, ao Poder Judiciário e ao cidadão, deve a Administração aceitar como definitiva tese reiteradamente afirmada no STF, STJ e TST e deixar de interpor recursos e, na via administrativa, negar deferimento a postulação idêntica à da tese judicialmente acolhida<sup>53 54</sup>.

Assim, à vista da necessidade de atuação coerente da Administração, os enunciados das Súmulas da AGU devem orientar a atuação dos órgãos jurídicos e dos membros da AGU, no exercício de suas atividades de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e assessoramento jurídicos<sup>55 56</sup>. Já os pareceres do Advogado-Geral da União, quando

53 Os enunciados das Súmulas da AGU são resultantes da jurisprudência iterativa dos Tribunais (STF, STJ e TST) e devem expressar as teses assentes no Judiciário, focalizando, objetivamente, a controvérsia posta em juízo e ali pacificada.

54 Em consequência da edição de enunciado da Súmula e quando for o caso, deve ser expedida instrução normativa determinando que os órgãos detentores de representação judicial e seus integrantes não proponham ações judiciais, deixem de recorrer ou desistam de recursos já interpostos sobre a matéria sumulada pela AGU.

55 Inicialmente, a Advocacia-Geral da União expedia “súmulas administrativas” contendo orientação jurídica sobre matérias pacificadas nos Tribunais Superiores e, sobre a mesma matéria, expedia instrução normativa para autorizar ou determinar a desistência ou não interposição de recurso de decisões coincidentes com a súmula. No ano de 2004, após estudo elaborado por grupo de trabalho designado pelo Advogado-Geral da União, ficou estabelecido, com base em dispositivos da Lei Complementar no 73, de 1993, que a Súmula da AGU era constituída de Enunciados (verbetes) contendo orientação jurídica sobre pontos controvertidos.

56 A atual regulamentação sobre a edição e aplicação das Súmulas da AGU dispensa a expedição de instrução normativa para desistência ou não apresentação de recursos, ficando os representantes judiciais da União e das autarquias e fundações federais “autorizados a reconhecer a procedência do pedido, não contestar, não recorrer e desistir dos recursos já interpostos contra decisões judiciais nos casos que estejam em integral consonância com Súmula da AGU” (Ato Regimental no 1, de 2008 - art. 6o, § 2o).

aprovados juntamente com o despacho presidencial vinculam toda a Administração Federal<sup>57</sup>.

Este caráter foi reforçado com a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal como um órgão permanente de conciliação entre órgãos e entidades da União, seja realizando as conciliações diretamente ou supervisionando outros órgãos delas encarregados<sup>58 59 60</sup>.

Neste sentido, pode-se afirmar que o foco dos mecanismos citados está na conciliação entre os valores constitucionais e os da razão pública, além de perceber a realidade prática da estruturação e da atuação institucional. A AGU evolui, portanto, como uma instituição brasileira protagonista no âmbito dialógico. Os processos deliberativos encontrados nesses mecanismos devem considerar os resultados de sua

57 Segundo a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar no 73, de 1993), é privativo do Presidente da República submeter assuntos ao exame do Advogado-Geral da União, inclusive para seu parecer. Ademais, os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Já o parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

58 A CCAF integra a nova estrutura da Consultoria-Geral da União.

59 A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, (art. 4º, X, XI, XII, XIII, e § 2º), e a Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995 (art. 8º-C), trouxe disposições destinadas a evitar que a solução de controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Federal se transferisse para a esfera judicial. E, com esse propósito, foi incluído o art. 11 na Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001 (em sua versão anterior de no 1.984-18, de 10.6.2000), que incumbiu o Advogado-Geral da União de adotar todas as providências necessárias a que se deslindem tais controvérsias em sede administrativa.

60 Para viabilizar conciliações e orientar as entidades e órgãos interessados, o Advogado-Geral da União expediu a Portaria no 118, de 10 de fevereiro de 2007, dispondo sobre a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal, por câmaras de conciliação ad hoc, instaladas pelo Advogado-Geral da União, até que seja instituída câmara permanente e regulamentada a conciliação entre órgãos e entidades da União. Optando-se por órgão permanente, era indispensável alterar o ato normativo que dispunha sobre a conciliação entre órgãos e entidades da União, o que ocorreu com a expedição da Portaria no 1.281, de 27 de setembro de 2007. Na esteira das conciliações empreendidas entre órgãos e entes da Administração Federal, a Advocacia-Geral da União foi adiante e previu a possibilidade de solução administrativa, pela via da conciliação, de controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União, conforme a Portaria no 1.099, de 28 de julho de 2008.

deliberação, bem como aptidão da instituição para decidir a situação. Tem-se, portanto, parâmetros para definir o nível de interpretação que deve ser empregado sobre o caso concreto.

Desta forma, com esteio nestes argumentos pode-se entender que, a partir desta visão institucional, a Supremacia do Poder Judiciário deve ser ponderada - e por que não reescrita? -, nos meios juridicamente legítimos, orientados a partir do diálogo institucional dinâmico e deliberativo, a partir da ideia de que a jurisdição deve ser legitimamente exercida levando em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os Poderes Constituídos.

Entende-se, desta forma, que os processos deliberativos devem considerar os resultados de sua deliberação, bem como a aptidão da instituição para decidir a situação. Tem-se, portanto, parâmetros para definir o nível de interpretação que deve ser empregado sobre o caso concreto. Como resultado, a legitimidade das decisões judiciais depende de pluralismo e consensualismo, arquitetados a partir de uma cadeia de reconhecimento e na certeza de que o comprometimento de cada componente é a pedra de torque para criação de um diálogo plural que permita a transformação da sociedade.

### **3 CONCLUSÃO**

A dinâmica atual da sociedade contemporânea necessita de uma melhor relação no funcionamento institucional. São as instituições que concretizam a legitimidade estatal, ou seja, são a real construção do Estado Democrático de Direito. O diálogo aprofundado, fundado em um espírito de respeito e tolerância à razão pública, deve ser um fator inerente à atuação das instituições, objetivando essa construção.

Romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes sob o modelo federalista como suficiente para a organização institucional é o primeiro passo para a adoção de um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública.

Partindo destas premissas e da noção de Teoria das Instituições é cabível ao se analisar as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos, sublinhar a ideia de que a legislação deve ser legitimamente exercida levando em conta quem a concretiza. É uma nova maneira de tornar existentes na prática os valores que aparentam só existir se expressos formalmente na Constituição.

Sob a ótica da Advocacia-Geral da União, a instituição tem dado passos importantes no aspecto dialógico, e consta no cenário nacional como protagonista nesse quesito. Fica clara a efetividade das soluções dadas quando essas são construídas a partir da livre vontade das partes de resolver o conflito ou a controvérsia sem postura litigiosa.

Por fim, concebe-se que a legitimidade das decisões no plano nacional depende do grau de diálogo e consenso entre as partes envolvidas, e isto é arquitetado através de uma cadeia de reconhecimento e identidade em relação à decisão. A partir da concepção de que o comprometimento de cada componente é a base de sustentação para criação de uma sociedade cooperativa, o novo modelo da Teoria das Instituições – explicado na prática da Advocacia-Geral da União por meio dos mecanismos dialógicos tratados no artigo – é o que realmente permite a transformação dessa mesma sociedade em um verdadeiro projeto democrático.

#### REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, v. 133, 633, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BALKIN, Jack. *Living Originalism*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

BARRETTO, Vicente. Os Fundamentos Éticos dos Direitos Humanos. In *Ethica. Cadernos Acadêmicos*, v. 4, Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: *Temas de direito constitucional*, t. IV, 1 ed. Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out./nov. 2010. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/rere.asp>>. Acesso em: 01 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: 1998.

BATEUP, Christine. *Expanding the conversation: American and Canadian experience of the constitutional dialogues in comparative perspective*. New York: New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Papers Series, n. 06-37, 2006.

\_\_\_\_\_. The dialogic promise: assessing :the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 3, 2005.

BEDNAR, Jenna. The Dialogical Theory of Judicial Review: a new Social Science agenda. *George Washington Law Review*, v. 78, 6, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros.

BOHMAN, James. *Public Deliberation: pluralism, complexity and democracy*. Cambridge, Mass., MIT Press, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Aldemario Araujo. Da privatividade do exercício das funções institucionais da Advocacia-Geral da União por seus membros. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 96, fev. 2009.

DIXON, Rosalind. Weak Form Judicial Review and the American Exceptionalism. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 348, 2011.

\_\_\_\_\_. Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments, *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper n. 349*, May 2011.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. Hard Cases, in *Taking Rights Seriously*.

\_\_\_\_\_. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *The Court's embarrassingly bad decisions*. New York Review of Books, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 110p

GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre 'Logares', Cargos e Carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa história em construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009

GERSEN, Jacob. *Unbundled powers*. Virginia Law Review, v. 96, 301, 2010.

GOODIN, Robert. *The theory of institutional design. Press Syndicate of the University of Cambridge*. New York: Cambridge University Press, 1996.

GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism. From Theory to Politics*.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by W. Rehg. Cambridge, Mass., MIT Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Teoria de La Accion Comunicativa*. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.

HAYDEN, Patrick. *The Philosophy of Human Rights*. St. Paul: Paragon House, 2001.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislature: Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All*. The Osgood Hall Law Review, v. 35, 1, 1997

JACKSON, Vicki C. *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109, 119-20, 2005:

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Tradução de Edson Bini, 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Victor Nunes. *A Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia*, em Cavalcanti, T. e outros, Cinco Estudos, Rio, FGV, 1955, pp. 92-113.

MACCORMICK, Neil. Norms, institutions and institutional facts. *Law and Philosophy*, v. 17, 3, 1998.

MANN, Michael. Has Globalization ended the rise of nation-state?. In HELD, David and McGrew, Anthony, (Eds.). *The Global Transformations Reader*. Polity Press, Oxford e London, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTIN, Lisa L. Interests, Power and Multilateralism, in Lisa Martin & Beth A. Simmons (eds), *International Institutions - an International Organization Reader*, Cambridge & London, The MIT Press, 2001.

MANN, Michael. Has Globalization ended the rise of nation-state?. In HELD, David and McGrew, Anthony, (Eds.). *The Global Transformations Reader*. Polity Press, Oxford e London, 2000.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOREIRA, E. R. Conselhos Constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 71, 2011.

MOREIRA, E. R.; Gomes, Fabio. Direito Tributário Cosmopolita. In: Fabio Luiz Gomes. (Org.). *Direito Internacional - perspectivas contemporâneas*. Sao Paulo: Saraiva, 2010.

- PILDES, Richard. LEVINSOM, Daryl. Separation of Partis, Not Powers. *Harvard Law Review*, v. 119, 1, 2006.
- POSNER, Richard. Reply: the institutional dimension on statutory and constitutional interpretation. *Michigan Law Review*, v. 101, 952, 2003.
- POSNER, Eric A; SUNSTEIN, Cass R. *The Law of Other States*, 59 STAN. L. REV. 131, 2006.
- \_\_\_\_\_. Response—On Learning from Others, 59 STAN. L. REV. 1309, 2007.
- POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. *The executive unbound: after the madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2011.
- RAWLS, John. *A theory of Justice*. Harvard University Press, Boston, 1971.
- \_\_\_\_\_. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. *O liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- \_\_\_\_\_. *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard UP, 1999.
- RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentality. In *On Human Rights: The 1993 Oxford Amnesty Lectures*, ed. Susan Hurley and Stephen Shute, 112–134. New York: Basic Books, 1993.
- ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, 2, 2006.
- SAND, Peter H. *The Role of International Organizations in the Evolution of Environmental Law*. Unitar, Geneva, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Law and Justice in a Multicultural Society. The Case of Mozambique* (Com João Carlos Trindade e Maria Paula Meneses). Dakar: CODESRIA, 2006.
- \_\_\_\_\_. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 2007.
- \_\_\_\_\_. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.



SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel, Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, 2008.

SCHOLTE, Jan Aart. *Globalization. A Critical Introduction* (Second Edition) (Cap. 1 “Globalization Debates” e Cap.2 “Defining globalization”). Palgrave-MacMillan Press, 2005.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Global Community of Courts* 44 HARV. INT’L L.J. 191, 2003.

SONGER, Donald; SHEEHAN, Reginald. Interest group success in the Courts: amicus participation on the Supreme Court. *Political Research Quarterly*, v. 46, 2, 1993.

SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

STAINMO, Svan. The new institutionalism. In: CLARK, Barry. FOWERAKER, Joe. *The encyclopedia of democratic thought*. London: Routledge, 2001.

SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds: Why the founding document doesn’t mean what it meant before*. New Jersey, Princeton University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. Beyond Marbury: the Executive’s power to say what the Law is. *Chicago Law Scholl Law and Economics Working Papers Series*, n. 268, 2005.

\_\_\_\_\_. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.

TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto, org. *O direito Internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between Courts and Legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, 4, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lório do et alli. (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

VERMEULE, Adrian. Foreword: system effects and the Constitution. *Harvard Law Review*, v. 123, 4, 2009.

\_\_\_\_\_. Intermittate institutions. *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 10-13, 2010.

\_\_\_\_\_. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. Many-minds arguments in Legal Theory. 1 *Journal of Legal Analysis*, n. 1, 2009.

\_\_\_\_\_. *Mechanisms of democracy: institutional design writ small*. New York: Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. System Effects and the Constitution. *Harvard Law School Paper*, n. 642, 2009.

\_\_\_\_\_. The Atrophy of Constitutional Powers. *Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, 2011

VERMEULE, Adrian; SUNSTEIN, Cass. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 28, 2002.

WALDRON, Jeremy, A Right-Based Critique of Constitutional Rights, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), 18, at \_\_\_; Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (OUP1999).

\_\_\_\_\_. *Foreign Law and the Modern Ius Gentium* 119 *Harvard Law Review* 129 (2005).

\_\_\_\_\_. *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept* (in Florida)? *LAW AND PHILOSOPHY*, 21 (2002).

\_\_\_\_\_. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative, 25 U. MICH. J.L. REFORM 751 (1991-1992).

\_\_\_\_\_. Réning the question about judges' moral capacity. *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, 1, 2009.

\_\_\_\_\_. Teaching Cosmopolitan Right, in Kevin McDonough and Walter Feinberg (eds.) *Education and Citizenship in Liberaldemocratic Societies: cosmopolitan values and cultural identities* (Oxford University Press, 2003).

WALZER, Michael. *Pluralism and democracy*. Paris: Esprit, 1997.



**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA  
INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO  
DOS CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL  
BRASILEIRO E NO DRAFT COMMON  
FRAME OF REFERENCE**

***THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN CONTRACT  
INTERPRETATION AND INTEGRATION IN BRAZILIAN  
CIVIL CODE AND IN DRAFT COMMON FRAME OF  
REFERENCE***

*Alessandra Matos de Araújo  
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A influência do direito romano no direito contratual brasileiro; 2 O conceito de boa-fé no direito brasileiro; 3 O princípio da boa-fé no *Draft Common Frame of Reference* – DCFR; 4 A interpretação e a integração dos contratos; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O princípio da boa-fé encontra-se presente no direito brasileiro e no direito europeu. A boa-fé pode ser subjetiva, servindo como critério para nortear a intenção das partes, atuando no plano da interpretação dos contratos, quando presentes ambiguidades ou incoerências. De igual forma, a boa-fé pode ser considerada sob o ponto de vista objetivo, quando é aplicada na prática negocial, facultando ao aplicador da lei, atribuir ao contrato efeitos que não foram previstos, mas que conforme a boa-fé e a natureza do contrato, dele deveriam derivar. O presente artigo objetiva demonstrar como o princípio da boa-fé é utilizado na interpretação e na integração dos contratos especialmente no código civil brasileiro de 2002 e no Draft Common Frame of Reference (DCFR).

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato. Boa-fé. Efeitos. Interpretação. Integração.

**ABSTRACT:** The principle of good faith is present in Brazilian law and European law. The principle of good faith can be subjective, serving as a criterion to guide the intention of the parties, acting in terms of interpretation of contracts, when present ambiguities or inconsistencies. Similarly, the good faith may be considered under the objective point of view, when it is applied in business practice, giving the law enforcer, assign the contract effects that were not anticipated, but as the good faith and the nature of contract, it should derive. This article aims to demonstrate how the principle of good faith is used in the interpretation and integration of contracts especially in Brazilian Civil Code of 2002 and in Draft Common Frame of Reference (DCFR).

**KEYWORDS:** Contract. Good faith. Effects. Interpretation. Integration

## INTRODUÇÃO

O princípio da boa-fé, de acordo com Vera Helena de Mello Franco, foi um dos mais efetivos agentes no desenvolvimento do direito romano dos contratos<sup>1</sup>.

A fides durante a Idade Média dominou as relações mercantis, tornando-se um princípio fundamental da *lex mercatoria*<sup>2</sup>. Além disso, diversas instituições do moderno direito dos contratos tem sua origem na *iudicia bonae fidei*.

É possível apontar algumas das principais marcas do direito romano no Código Civil brasileiro de 2002, particularmente no direito contratual, mais propriamente nos princípios contratuais da boa-fé e do consensualismo.

A boa-fé no direito brasileiro encontra-se vinculada ao conceito de fides (confiança, fé, crença) e é igualmente um indicativo que se impõe ao magistrado, quando da interpretação e aplicação da lei ao caso concreto.

No direito europeu, em que pese as possíveis estratégias de desenvolvimento do direito europeu dos contratos, adquiriu consistência a opção pela promoção de um complexo de princípios comuns unidos à redação de uma moldura comum de referência, conhecida como Draft Common Frame of Reference (DCFR).

O fato é que a boa-fé subjetiva é critério para nortear a intenção das partes, atuando no plano da interpretação dos contratos, quando presente ambiguidades ou incoerências, a fim de extrair as consequências que, de acordo com sua natureza, sejam mais adequadas à boa-fé.

A boa-fé objetiva, no entanto, é critério de conduta, a ordenar na prática dos negócios o respeito à palavra dada, conforme a consciência social, facultado ao aplicador da lei, atribuir ao contrato efeitos que não foram previstos, mas conforme a boa-fé e, novamente, a natureza do contrato, dele deveriam derivar. Neste caso, não se está no terreno da interpretação, mas naquele da integração dos contratos, para preencher as lacunas daquilo que foi pactuado.

1 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

2 WHITTAKER, Simon; ZIMMERMANN, Reinhard. *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*. Disponível em: <<http://assets.cambridge.org/97805217/71900/sample/9780521771900wsc00.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2012.

Diante da existência de cláusulas duvidosas ou ambíguas, é necessário que a interpretação dos contratos seja conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração.

O presente artigo tem por objetivo comprovar como o princípio da boa-fé é utilizado na interpretação, quando presente incoerências, diante da existência de cláusulas duvidosas ou ambíguas, seja na integração para preencher as lacunas do regulamento pactuado, no âmbito do direito contratual, tanto no direito civil brasileiro quanto no âmbito da Draft Common Frame of Reference (DCFR).

## 1 A INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

Ao se mencionar a influência do direito romano no Código Civil brasileiro de 2002 é necessário fazer referência a Teixeira de Freitas, o jurista que iniciou, no século XIX, o processo de codificação civil brasileira, primeiro com a sua Consolidação das Leis Civis e depois com o Esboço de Código Civil<sup>3</sup>.

A preocupação de Teixeira de Freitas foi a de criar um sistema jurídico a partir do material legislativo que existia à época, seguindo as regras de sistematização científica, assim como reunindo as normas jurídicas em institutos e estes em corpos legislativos, por meio da distinção entre direitos reais e direitos pessoais.

Na sua obra de sistematização, adotou o método de primeiro conhecer o direito vigente, consolidando-o, para depois codificá-lo. Desse modo, em 1857 surgiu a *Consolidação das Leis Civis*, dando início, em 1859, ao projeto de Código Civil a que deu o nome de *Esboço*. Segundo Francisco Amaral, suas fontes, na matéria das obrigações foram os juristas romanos clássicos, Ulpiano, Paulo, Pompônio, Papiniano, Modestino e Gaio, enquanto que suas influências doutrinárias foram Savigny, Zachariae, Molitor, Ortolan, Mainz, Pothier, autores que lia na versão francesa de suas obras. Com o seu trabalho, Teixeira de Freitas que se considerava um romanista, divulgou o direito romano e consolidou a sua influência na região sul-americana<sup>4</sup>.

3 TEIXEIRA DE FREITAS, Silvio Meira. *O jurista do Império*. Vida e obra. 2. ed. Brasília: 1983. p. 181.

4 MIRANDA, Jorge (Coord.) *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 416.



No que respeita ao Código Civil brasileiro, de 2002, ele atualizou a redação do Código Civil de 1916, com novas figuras e institutos e redistribuiu a matéria de acordo com a moderna sistemática civil, isto é, uma Parte Geral e uma Parte Especial, esta compreendendo os livros das Obrigações, de Empresa, dos Direitos Reais, do Direito de Família e do Direito de Sucessões. Acrescente-se ainda que no campo contratual, houve o enriquecimento do código com princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, do que resultou um texto aberto e flexível que supera o formalismo do sistema de 1916 e permite significativa mudança no modelo metodológico de realização do direito, contrário ao do legalismo positivista dominante.

Assim, o Código Civil de 2002 deu maior ênfase e possibilidade de eficácia ao princípio da boa-fé objetiva do que o Código de 1916.

A *fides* é a idéia central do pensamento político-jurídico romano, com o significado de lealdade à palavra dada. Surgiu em Roma e era invocada na celebração dos negócios de peregrinos entre si e dos negócios entre peregrinos e cidadãos romanos. Ela velava pelo cumprimento desses negócios, castigando os faltosos e protegendo os cumpridores. Tinha sua sede na palma da mão direita. Em virtude disso, os contraentes apertavam as suas mãos direitas para imprimir solenidade à promessa. Após o desaparecimento do culto à deusa *fides*, ficou o aperto de mão como sinal de confiança mútua.<sup>5</sup>

A relação de clientela fundava-se, portanto, *na fides*, mas também se desenvolvia em relações de igualdade, quando então exprimia o respeito à palavra dada. De um conceito que exprimia uma relação de confiança, nascia o conceito objetivo da *fides bona*, de correção e lealdade, que devia imperar no mundo das relações comerciais, menos formalistas e sem vinculação religiosa.

Desse modo, surgiu a *fides bona* como um conceito jurídico, a *fides* do *bonus vir*, considerada do ponto de vista do juiz, como comportamento que se espera de um homem normal em um caso específico, e que os juristas começaram a utilizar a partir do século III a.C, na elaboração e interpretação de alguns institutos de direito privado, principalmente no campo das obrigações (*fides bona*) e, secundariamente, no dos direitos reais (*bona fides*), sobretudo na posse<sup>6</sup>.

5 MIRANDA, op. cit., p. 421.

6 Ibid, p. 422.

Os contratos consensuais surgiram em Roma no século III, como produto das práticas comerciais mediterrâneas, baseadas na confiança entre as partes. O consensualismo, por seu turno, aparece como conquista da boa-fé, pois repousa essencialmente na confiança entre as partes, entendendo-se o consensualismo como o princípio segundo o qual basta o consentimento, o acordo de vontades, para que o contrato se estabeleça, não sendo preciso forma especial. O Código Civil brasileiro consagra-o no art. 107<sup>7</sup>.

A importância do estudo do princípio da boa-fé decorre da existência de diversos pontos de contato na aplicação e realização do direito romano se comparado ao direito brasileiro e europeu.

O direito romano configurava-se, assim, como uma ciência prática, feita de soluções de problemas, sem o caráter axiomático ou dogmático da ciência moderna. Enquanto na ciência moderna o raciocínio jurídico parte da regra jurídica para o caso concreto da vida real, no direito romano o jurista desenvolvia o seu processo mental para dar a solução justa e resolver o conflito de interesses a partir do caso, do problema que se lhe oferecia.

Desse modo, os romanos poderiam ser considerados como empírico-casuísticos porque partiam da realidade da vida concreta e, com isso, criavam a norma jurídica específica para a solução da respectiva controvérsia ou do conflito de interesses.

O direito romano também pode ser considerado como um direito dos juristas, porque diante da quase inexistência de textos legais, o direito desenvolvia-se por meio de um processo, no qual havia um problema a enfrentar e tentava-se encontrar argumentos para resolvê-lo, por meio da utilização do pensamento dialético e da construção da norma jurídica adequada ao caso, uma vez que a norma jurídica não era dada previamente pelo sistema.

## 2 O CONCEITO DE BOA-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO

O conceito, características e limites da boa-fé grassou controvérsia que ainda hoje não foi de todo ultrapassada, segundo nos informa José Carlos Moreira Alves.<sup>8</sup>

7 Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

8 MOREIRA ALVES, José Carlos. *A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. Roma e América. Diritto Romano Comune*. Roma: Mucchi Editore, n. 7, 1999. p. 187.

Conforme os ensinamentos de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “a *fides bona* teria revestido, no período clássico, a natureza de norma jurídica objetiva de comportamento honesto e correto, respeitador da lealdade e dos costumes do tráfico”.<sup>9</sup>

É necessário, preliminarmente, salientar que a doutrina moderna distingue a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva.

A boa-fé subjetiva apresenta-se como fato psicológico e leva em conta valores éticos – esse valor ético se releva mais claramente nela – atuando principalmente no campo das relações reais e possessórias. Neste caso, implica no desconhecimento pelo indivíduo de vícios ou impedimentos de determinada situação jurídica na qual está inserido.

Prevista desde o Código de 1916, a boa-fé subjetiva tem papel relevante, por exemplo, na posse e na fraude contra credores. Diz respeito à intenção do sujeito, ao conhecimento ou desconhecimento de certos detalhes da relação ou situação jurídica.

É de se notar, porém, que a boa-fé subjetiva, de acordo com Moreira Alves não se exaure como fato psicológico, porque nela também são levados em consideração os valores morais da honestidade e da retidão, seja como convicção de não ofender direito alheio, ou como ignorância dessa ofensa<sup>10</sup>.

Por outro lado, a boa-fé objetiva se refere a um padrão genérico de conduta, num determinado lugar e em certo momento. Recorrer à boa-fé objetiva não é fazer uma investigação psicológica para concluir se o possuidor sabia ou não que poderia estar com aquele bem, ou se o adquirente conhecia ou não a insolvência do alienante. O princípio da boa-fé objetiva busca extrair, em determinado contexto social, qual é o padrão de conduta do homem probo, correto, honesto, leal.

O princípio da boa-fé objetiva determina que este padrão médio de probidade, de ética, seja o padrão de conduta a reger o comportamento dos contratantes entre si.

9 CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. 3. ed. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2007. p. 105.

10 MOREIRA ALVES, op. cit., p. 193.

O referido princípio, no sentido objetivo, situa-se no terreno das relações obrigacionais e do negócio jurídico em geral e se caracteriza como regra de conduta do homem de bem, no entendimento de uma sociedade, em certo momento histórico, não se fundando, desse modo, na vontade das partes.

Ocorre que a boa-fé objetiva também pode se vincular a um elemento psicológico, como sucede na fase de formação do contrato, em que a boa-fé implica o dever de comunicar à outra parte as causas de invalidade do contrato ou os defeitos da coisa objeto da relação contratual.

Há mais deveres do que os previstos expressamente nas cláusulas do contrato. Em que pese a existência da execução da prestação, da entrega do bem, há inúmeros outros deveres implícitos ao contrato, que decorrem do que legitimamente se espera que sejam as condutas das partes.

É possível citar exemplos de condutas que contrariam o princípio da boa-fé, quais sejam: a parte que divulga segredos ou publica documentos a que teve conhecimento através da relação contratual. Ou podemos questionar se age conforme a boa-fé quem vende empresa e fundo de comércio e instala novo negócio do mesmo ramo ao lado do estabelecimento vendido.

Assim, atendo-se ao campo das relações contratuais que é objeto deste trabalho, é de observar-se que o significado da boa-fé não é sempre o mesmo, embora ela se tome, em geral, no sentido objetivo.

Observa-se que a partir da segunda metade do século XX, ganha especial relevo a técnica legislativa das cláusulas gerais que possibilitam à jurisprudência desenvolver a regulamentação legal, adaptando-se às várias circunstâncias da vida.

As cláusulas gerais, em suas três modalidades básicas – a restritiva, a reguladora e a extensiva – permitem que se dê uma certa abertura aos sistemas legislativos fechados, outorgando ao juiz, pela remessa que fazem, para a disciplina de relações jurídicas concretas, a padrões de comportamento ou a valores de conduta ética e social, a possibilidade de extrair para as partes contratantes consequências restritivas, corretivas ou integradoras, de deveres secundários, anexos ou instrumentais, que não estão previstos em normas legais ou por vontade expressa dos contratantes, mas que decorrem desses padrões ou valores.

Segundo o artigo 422 do Código Civil brasileiro, “o contrato deve ser executado segundo a boa-fé”.

A ênfase dada à boa-fé pelo Código Civil Brasileiro<sup>11</sup> nos negócios jurídicos em geral e nos contratos, por meio de cláusulas gerais que propiciarão atuação judicial mais “criadora”, também serve para demonstrar que a probidade e a boa-fé deverão ser observadas tanto na fase anterior à formação do contrato, como na fase posterior à extinção dele.

São inúmeros os deveres que devem ser cumpridos pelas partes, tanto nas tratativas iniciais, como na formação, execução e pós-execução do contrato. São exemplos de deveres que deverão ser observados pelas partes, independente de previsão em cláusula contratual: os de informação, de sigilo e de custódia, no tocante à formação do contrato; os de transparência (pela clareza e explicitação) e de equilíbrio das prestações, quanto à conclusão dele; o da cooperação dos contratantes para que se alcancem os fins contratuais com a satisfação do credor, no que tange à execução do contrato; e, finalmente, os de sigilo e de preservação da fruição do resultado decorrente do cumprimento dele, na fase *post contractum*<sup>12</sup>.

### 3 O PRINCÍPIO DA BOA FÉ NO DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE – DCFR

A regulação comunitária sobre contratos se caracteriza pela sua pontualidade, ou seja, pelo tratamento de temas específicos considerados especialmente problemáticos para a integração europeia.

No entanto, esse método foi se mostrando insuficiente para eliminar divergências entre as ordens jurídicas nacionais, prejudicando, dessa forma, o livre comércio. Além disso, de acordo com Viviane Geraldine Ferreira, a uniformidade na aplicação do direito comunitário já existente é, via de regra, comprometida pela existência de diferentes regras nacionais, pois ao aplicar uma norma comunitária, direta ou indiretamente, é natural que se recorra a institutos jurídicos já conhecidos, ou seja, pertencentes ao direito nacional<sup>13</sup>.

11 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

12 MOREIRA ALVES, op. cit., p. 203.

13 FERREIRA, Viviane Geraldine. *Quadro Comum de Referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do Direito?* Disponível em: <[http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7476/1/AD\\_12\\_art\\_25.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7476/1/AD_12_art_25.pdf)> Acesso em: 2 set. 2012.

Como possível solução para os problemas acima mencionados, a Comissão Europeia<sup>14</sup>, que tem por objetivo garantir o funcionamento e o desenvolvimento do mercado comum, por meio de Comunicado no ano de 2003 ao Parlamento Europeu e ao Conselho, teve a iniciativa de criar um quadro ou modelo contendo regras e princípios comuns (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*) que sirva de referência ou inspiração para as diversas legislações nacionais, quanto ao conjunto de normas e princípios que as partes devem acatar em seus contratos.

O quadro geral composto de normas indicativas (*DCFR*) contém, a par de uma estrutura comum, definições e princípios a serem acatados uniformemente pelos diversos Estados membros e tem por finalidade influenciar as legislações nacionais, os projetos de leis e os aplicadores de direitos das diversas cortes constitucionais, bem como texto didático comum para as diversas universidades europeias.

Segundo Christian Von Bar, o referido modelo desempenhará um maior papel dentro da União Europeia [...], em virtude da sua potencial influência na legislação nacional e no futuro processo de criação da lei a nível europeu [...]. (trad. livre nossa)<sup>15</sup>.

De igual forma, é importante salientar que o fim colimado é obter equilíbrio de valores, tais como o da autonomia da vontade expresso na liberdade de contratar e a necessidade de tutelar a parte mais fraca, de molde a atender à ideia de solidariedade ou justiça social.

Desse modo, pelo menos idealmente, permanece a concepção de que o conjunto de regras enunciadas na *DCFR* represente um modelo para uma conduta justa entre os particulares e um mais elaborado conceito de economia social de mercado em consonância com os princípios da solidariedade acatados no Tratado de Lisboa (em vigor desde 1º de dezembro de 2009).

14 Os órgãos de direção, decisão e execução são o Conselho e a Comissão. Os Estados-Membros, no âmbito dos Comitês de Consulta, de Gestão e de Regulamentação, participam em grau apreciável na execução dos atos normativos comunitários, bem como o Parlamento Europeu em relação aos que foram adotados em processo de co-decisão. (LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. *Manual de Direito Comunitário*. 2.ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 62.)

15 VON BAR, Christian I. *The Common Frame of Reference and the Works of the Study Group on a European Civil Code. A Common Frame of Reference – How should it be filled?* Disponível em: <[http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/stakeholders/5-18.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-18.pdf)>. Acesso em: 2 set. 2012.

Segundo Vera Helena de Mello Franco, na *Common Frame of Reference* é possível visualizar quatro vertentes:

- a) aquela dos contratos de consumo, onde se tem o abrandamento acentuado do princípio do consensualismo;
- b) a dos contratos de trabalho, sob a égide dos acordos coletivos;
- c) a dos contratos empresariais que se situam fora do alcance das leis consumeristas e que somente em determinados campos (v.g. transferência de tecnologia, franquia, mora nos pagamentos decorrentes de transações comerciais) estão submetidos à legislação da União Europeia. Estes na sua maior parte são autorregulados, escolhendo-se o foro e a legislação aplicável ou remetendo-se as divergências para a solução de árbitros.
- d) os contratos civis ou ordinários, os quais, juntamente com os de consumo, são o objeto da maioria dos debates na construção de um direito europeu dos contratos<sup>16</sup>.

A boa-fé nos contratos também foi objeto de atenção no âmbito do direito europeu. Ocorre que no direito comum europeu ela pode ser considerada como uma cláusula geral com a intenção de desempenhar um papel importante no direito contratual.

O critério da boa-fé encontra-se previsto no Draft Common Frame of Reference – DCFR, no seu artigo 1:102, abaixo transcrito:

Interpretation and development. (1) These rules are to be interpreted and developed autonomously and in accordance with their objectives and the principles underlying them. (2) They are to be read in the light of any applicable constitutional laws. (3) In their interpretation and development regard should be had to the need to promote: (a) uniformity of application; (b) good faith and fair dealing; and (c) legal certainty.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> FRANCO, op.cit, p. 56.

<sup>17</sup> Interpretação e desenvolvimento. (1) Estas regras devem ser interpretadas e desenvolvidas de forma autônoma e de acordo com os objetivos e os princípios subjacentes. (2) Eles devem ser lidas à luz de todas as leis constitucionais. (3) Na sua interpretação e consideração de desenvolvimento deve ser levada em consideração a necessidade de promover: (a) uniformidade de aplicação, (b) a boa fé e justo tratamento, e (c) a segurança jurídica. (trad. livre nossa).

Constata-se que o critério da boa-fé serve como norte a guiar o julgador na interpretação do contrato e foi acatado no modelo de regras que deverão nortear o direito europeu dos contratos, especialmente no Draft Common Frame of Reference.<sup>18.</sup>

#### 4 A INTERPRETAÇÃO E A INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS

A necessidade de se esclarecer os pontos aparentemente omissos ou ambíguos no contrato impõe a realização de uma tarefa interpretativa, levando o intérprete a tentar esclarecer o conteúdo contratual mediante recurso ao ordenamento jurídico, sem que, todavia, atribua ao contrato significado mais extenso do que o desejado pelas partes.

Estes recursos, externos ao contrato, são nele inseridos, mas condicionados à pressuposição de contidos em potência no contrato em exame, segundo Vera Helena de Mello Franco<sup>19.</sup>

A aplicação de elementos advindos de outras fontes que não as partes não significa acréscimo ao estipulado, uma vez que são aplicados como já existentes virtualmente no contrato.

É possível, a inserção automática de cláusulas previstas em lei, em substituição aquelas eventualmente diversas ou discordantes estabelecidas pelas partes. Estas cláusulas, da mesma forma que aquelas de uso, ainda que não previstas, são consideradas como abrigadas no contrato, salvo a que os contraentes, expressamente, as tenham derogado.

Assim, enquanto a interpretação é aplicada na presença de eventuais dúvidas ou ambiguidades, reconstruindo-se o contrato mediante recurso às disposições ou previsões já ali consubstanciadas; a interpretação integrativa realiza esta função, mediante recurso a elementos externos ao contrato.

Desse modo, a interpretação integrativa tem por função aclarar as disposições já reguladas no contrato, mediante recurso ao ordenamento jurídico.

---

18 HESSELINK, Martijn W. *Common Frame of Reference & Social Justice*. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series Nº. 2008/04. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1152222](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1152222)> Acesso em: 2 set. 2012.

19 FRANCO, op. cit., p. 204.



A integração contratual é definida mais por exclusão ao que não se aplicava na interpretação e na interpretação integrativa, do que por um estudo particular a si dedicado.

De acordo com Karl Larenz<sup>20</sup>, com fundamento no artigo 242 do BGB (Código Civil Alemão), a interpretação integrativa seria o meio pelo qual o juiz tornaria claro o que, de certa forma, já estaria resolvido ou implícito no contrato. Já a integração contratual, seria o modo pelo qual, poder-se-ia tanto limitar, quanto ampliar o dever de prestação e isto além dos termos do contexto contratual ou da lei, uma vez que visa o equilíbrio das prestações, assim, v.g., o problema da revisão.

As limitações ou ampliações corresponderiam às consequências previstas em norma geral do ordenamento jurídico. No entanto, a integração somente teria lugar ocorrendo uma omissão no regulamento pactuado (lacuna) a fim de completar a manifestação negocial carente e isto, em princípio, mediante normas supletivas.

Perante o direito europeu, admite-se o recurso à boa-fé, todavia existem várias posições quanto ao teor do que se entende por boa-fé.

A boa-fé, em que pese as demais normas dispositivas e antes dos usos e da equidade, pode ser considerada fonte de integração contratual. Ela pode ser aplicada perante um conflito de interesses não regulado no pactuado, o qual não pode ser solucionado por meio de uma interpretação autêntica.

No caso acima mencionado, o juiz deverá decidir a controvérsia mantendo em vista o regulamento contratado, reconstruindo hermeneuticamente o complexo de interesses não regulado no pactuado, mediante a construção de uma regra, não expressa na convenção, que seja, pelo menos, compatível com a economia do contrato.

Existe no direito europeu, no tocante aos contratos, a maior ou menor possibilidade do recurso à boa-fé como meio para compor o contrato, oscilando conforme as diferentes diretrizes ideológicas e tendo em vista a maior ou menor ênfase às razões práticas, consequências

---

20 LARENZ, Karl. *Base del Negocio Juridico y Cumplimento de los Contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956. p. 210-212.

econômicas e a modalidade contratual em jogo (de consumo, civis ou ordinários, trabalhistas ou empresariais).

Em virtude disso, em coerência e compatibilidade com o programa negocial pactuado, passou-se nos últimos anos a entender a boa-fé, uma vez presentes certos pressupostos, como uma obrigação legal, fundada na correção, de renegociar as condições contratuais conforme um juízo de adequação<sup>21</sup>.

Nos contratos de consumo a boa-fé pode surgir como elemento de controle da validade do pactuado, quando presente um desequilíbrio significativo nas relações pactuadas.

Se a falha na contratação pode ser sanada mediante recurso à cláusula geral de boa-fé nas relações entre empresa e consumidor e nos casos em que é necessário a tutela do contraente débil, é importante salientar que não é esta a colocação perante os contratos empresariais.

Conforme ressaltado anteriormente, a incompletude nos contratos empresariais pode ser sanada por outros meios, dentre eles os usos e costumes comerciais, bem como as práticas utilizadas naquele mercado e ramo de negócio, sem prejuízo do recurso à arbitragem.

## 5 CONCLUSÃO

O Código Civil brasileiro de 2002, apesar de ter mantido a mesma estrutura lógico-formal do Código de 1916, enriqueceu-a, porém, com os princípios da sociabilidade, da concreção, da eticidade, da boa fé e do consensualismo, que exigem do juiz maior empenho e poder para o suprimento de lacunas e na solução das vaguezas e ambiguidades.

A interpretação criadora do Código Civil brasileiro de 2002 permite abandonar o pensamento da ciência moderna, especialmente do século XIX, que ressaltava a primazia da norma jurídica e do raciocínio lógico-dedutivo conduzido no sentido da aplicação dessa regra. Com isso, o Código de 2002 permitiu o resgate do pensamento dialético de

---

21 D'ANGELO, Andrea; MONATERI, Pter Giuseppe; SOMMA, Alessando. *Buona fede e giustizia contrattuale* (modelli cooperativi e modelli conflittualia confronto). Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 2.

influência tipicamente romana, baseado em princípios e tendo como ponto de partida o caso concreto, ensejando a construção, pelo intérprete, da norma adequada.

O código civil brasileiro prevê no artigo 113 que os contratos devem ser interpretados de acordo com o princípio da boa-fé e os usos locais usuais naquela prática de negócio.

O significado do princípio da boa-fé nem sempre é o mesmo, conforme ressaltada anteriormente, embora ele se tome, em geral, no sentido objetivo (a boa-fé objetiva que atua para, às vezes, ampliar o conteúdo negocial e, outras vezes, para reduzi-lo, por se traduzir, nesse terreno, como critério de reciprocidade).

O princípio da boa-fé pode aparecer como lealdade no tratar quando da conclusão do contrato ou como correção de atitude no contrato concluído (correção essa que se caracteriza pelo respeito ao interesse do outro contratante) ou se apresentar como critério de interpretação pelo qual deva ser interpretado o contrato ou como critério de conduta pelo qual devem ser cumpridas as obrigações dele decorrentes.

Isso porque o contrato depende, tanto no nascimento de seus efeitos como em sua cessação, de dois elementos: a vontade das partes e a boa-fé. Assim, a interpretação dos contratos pelo critério da boa-fé, que é essencialmente um critério de reciprocidade, ora conduz a um resultado integrador das obrigações contratuais ora a um resultado limitador delas. No primeiro caso, impõe ao devedor fazer não só tudo o que prometeu, mas também o que for necessário para que a outra parte alcance o pleno resultado útil da prestação devida, ao passo que no segundo caso se limita a observar o sentido literal do texto do contrato.

Entende-se por interpretação integradora, o fato do vendedor não só ter o dever de entregar a coisa com suas acessões, mas também evitar que ela pereça ou se deteriore, tudo fazendo, portanto, para que ela chegue íntegra ao comprador. O referido exemplo ressalta o papel da boa-fé objetiva na execução dos contratos.

O problema ainda é a diferente conotação que se pode dar ao que se entende por boa-fé, uma vez que o conceito de boa-fé não é uníssono na doutrina, todavia, a sua aplicação exige que o juiz pressuponha, no

caso concreto, que as partes tenham observado o princípio durante a preparação e a conclusão do contrato, atuando, igualmente, conforme por ele determinado.

Ante as considerações acima expostas, entende-se para fins do presente artigo, que a boa-fé pressupõe a recíproca lealdade das partes e este princípio, tanto no âmbito do Draft Common Frame of Reference quanto no código civil brasileiro, exerce função dominante no campo da interpretação e integração dos contratos.

De qualquer forma, o referido princípio não pode ser aplicado de modo a modificar a determinação da intenção comum ou a atribuir-lhe um significado diverso daquele que resulte da declaração do proponente.

#### REFERÊNCIAS

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. 3. ed. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2007.

D' ANGELO, Andrea; MONATERI, Píer Giuseppe; SOMMA, Alessando. *Buona fede e giustizia contrattuale* (modelli cooperativi e modelli conflittualia confronto). Torino: G. Giappichelli, 2005.

FERREIRA, Viviane Geraldés. *Quadro Comum de Referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do Direito?* Disponível em: <[http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7476/1/AD\\_12\\_art\\_25.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7476/1/AD_12_art_25.pdf)> Acesso em: 2 set. 2012.

FRANCO, Vera Helena de Mello Franco. *Teoria Geral do Contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HESSELINK, Martijn W. *Common Frame of Reference & Social Justice*. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series N°. 2008/04. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1152222](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1152222)>. Acesso em: 2 set. 2012.

LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. *Manual de Direito Comunitário*. 2.ed., Curitiba: Juruá, 2004.

LARENZ, Karl. *Base del Negocio Juridico y Cumplimento de los Contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

MIRANDA, Jorge (Coord.) *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. In: *Roma e América. Direito Romano Comune*. Roma: Mucchi Editore, n. 7, 1999.

TEIXEIRA DE FREITAS, Silvio Meira. *O jurisconsulto do Império*. Vida e obra. 2. ed. Brasília, 1983.

VON BAR, Christian I. *The Common Frame of Reference and the Works of the Study Group on a European Civil Code. A Common Frame of Reference – How should it be filled?* Disponível em: <[http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/stakeholders/5-18.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-18.pdf)>. Acesso em: 2 set. 2012.

WHITTAKER, Simon; ZIMMERMANN, Reinhard. *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*. Disponível em: <<http://assets.cambridge.org/97805217/71900/sample/9780521771900wsc00.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2012.



**ASPECTOS JURÍDICOS RELACIONADOS  
AOS REGIMES DE ADMINISTRAÇÃO  
ESPECIAL, INTERVENÇÃO E LIQUIDAÇÃO  
EXTRAJUDICIAL DAS ENTIDADES  
FECHADAS DE PREVIDÊNCIA  
COMPLEMENTAR**

***LEGAL ASPECTS RELATED TO THE SPECIAL ADMINISTRATION REGIMES IN PENSION FUNDS***

*Allan Luiz Oliveira Barros*  
*Procurador Federal*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Regime jurídico aplicável; 2 Disposições comuns aos regimes especiais de administração; 3 Regimes especiais de administração em espécie; 4 Efeitos da decretação da intervenção e da liquidação extrajudicial; 5 Aspectos gerais relacionados à liquidação extrajudicial das entidades fechadas; 6 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo trata dos regimes especiais de administração das entidades fechadas de previdência complementar, abordando as espécies em que a intervenção estatal se realiza sobre esses entes privados (regimes de administração especial, intervenção e liquidação extrajudicial), os poderes e limites conferidos ao gestor designado pelo Estado em busca do saneamento das irregularidades verificadas pelo órgão de fiscalização na entidade fechada ou em plano de benefícios por ela administrado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administração Especial. Intervenção. Liquidação Extrajudicial.

**ABSTRACT:** This article studies the administration of pension funds, addressing the species in that state intervention is realized about these private entities (special administration regimes, intervention and extrajudicial liquidation), limits and the powers conferred by State in deficiencies noted by the supervisory in the entities or benefit plan administered by manager designated.

**KEYWORDS:** Special Administration Regimes. Intervention. Extrajudicial Liquidation.



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como propósito discorrer sobre o tratamento jurídico empregado aos regimes especiais de administração das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC, institutos da Administração Especial, Intervenção e Liquidação Extrajudicial, sua natureza jurídica, o papel do órgão do Estado responsável por decretar esses regimes especiais perante as entidades fechadas, bem como a função e os limites dos gestores designados para serem responsáveis, temporariamente, por todo o processo de saneamento dos planos de benefícios por elas administrados ou, nos casos extremos de irregularidades verificadas no funcionamento dessas entidades fechadas e que possam resultar no não cumprimento dos compromissos previdenciários assumidos, atuar para preservar o patrimônio do plano de benefícios, de modo que os recursos garantidores existentes sejam primordialmente direcionados ao pagamento dos benefícios contratados.

O sistema de previdência complementar, delineado pelo artigo 202 da Constituição Federal, encontra-se caracterizado juridicamente como sendo serviço privado de interesse público<sup>1</sup>, topologicamente situado como direito social constitucionalmente tutelado, com o colorido peculiar de uma forte atuação do Estado na atividade econômica através de entidade pública especialmente criada para tanto, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, autarquia federal de natureza especial, com competência para fiscalizar e supervisionar as atividades desenvolvidas pelas pessoas jurídicas operadoras do sistema.

Os regimes especiais de administração previstos na Lei Complementar nº 109/2001 surgem como uma poderosa ferramenta do poder de polícia administrativa sobre o segmento de previdência complementar, possibilidade essa amparada pelo art. 174 da Constituição Federal<sup>2</sup> ao permitir que os órgãos e entidades estatais atuem de forma a garantir o regular funcionamento da atividade previdenciária, praticando,

1 Por todos, sugere-se a leitura do livro do Procurador Federal Daniel Pulino: *Previdência Complementar Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo. Conceito Editorial. 2011. p. 222, quando bem define que "a atividade de previdência complementar, mesmo em sua modalidade fechada, deve ser incluída no domínio das atividades econômicas em sentido estrito - ou seja, no conjunto total de relações econômicas de produção de bens ou prestação de serviços, pelos agentes econômicos privados, orientados à satisfação de necessidades humanas, não necessariamente (ainda que ordinariamente) em mercado, na busca de lucros".

2 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.

caso necessário, atos de império sobre os atos de gestão da entidade ou sobre o próprio patrimônio representativo dos recursos destinados ao pagamento dos benefícios.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>3</sup> ao, tecer comentários sobre o poder de polícia da Administração, pondera que “em todos os casos, necessariamente, a interferência estatal terá que estar volvida à satisfação dos fins dantes aludidos como sendo os caracterizadores do Estado brasileiro; e jamais – sob pena de nulidade – poderá expressar tendência ou diretriz antinômica ou gravosa àqueles valores”.

Esses valores constitucionais, dentre os quais o direito à previdência social, ensejam uma atuação diretiva do Estado sobre os interesses tutelados e, no caso da previdência complementar, uma atuação destinada a preservar os interesses dos destinatários da proteção social.

A atuação do órgão de fiscalização do sistema fechado de previdência complementar tem em vista, primordialmente, supervisionar o funcionamento das entidades fechadas e dos planos de benefícios por elas administrados, somente utilizando o poder administrativo de decretar os regimes especiais em situações pontuais e excepcionais, quando verificada a existência de irregularidades no funcionamento das entidades fechadas que impossibilitem a normal administração dos planos de benefícios, pondo em risco os recursos garantidores do plano de benefícios.

Estando às mãos do Estado outros meios que possibilitem trazer à normalidade o funcionamento das atividades exercidas pelas EFPC, a exemplo das penalidades fixadas no Decreto nº 4.942/2003, que regula o processo administrativo sancionador no âmbito da previdência complementar fechada, deve o Estado lançar mão das mesmas, somente se utilizando da decretação dos regimes especiais para as situações de desequilíbrio patrimonial que ocasionam déficit financeiro de improvável ou impossível equacionamento<sup>4</sup>.

3 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p.802.

4 O sistema de previdência complementar fechado possui previsão normativa de outros meios de composição consensual e administrativa (não-jurisdicional) dos conflitos de interesses previdenciários e que ganharam destaque nas normas do segmento, a exemplo da previsão de arbitragem no inciso VIII, art. 2º da Lei nº 12.154/2009 c/c art. 21, VI do Decreto nº 7.075/2010 e do termo de ajustamento de conduta do inciso VI, art. 22 do Decreto nº 7.075/2010.

Não é demais realçar que a decretação do regime especial deve ser devidamente justificada, de modo a demonstrar os motivos que levaram o órgão de fiscalização a optar pela medida administrativa interventiva sobre o funcionamento da entidade fechada.

Se possível seja sintetizar qual seria o principal papel do Estado na fiscalização das EFPC, apontaríamos a proteção jurídica dos interesses dos participantes e assistidos quanto aos direitos e obrigações pactuados nos regulamentos dos planos de benefícios, princípio informador este que se encontra positivado na lei geral da previdência complementar (inciso VI do art. 3º Lei Complementar nº 109/2001).

Esse o traço marcante da atuação do Estado no segmento fechado de previdência complementar: coadjuvar traçando as políticas públicas de previdência complementar para o sistema (incluindo as ações de fomento) e exigindo das EFPC o cumprimento das respectivas normas jurídicas por ele produzidas; ou, em situações excepcionais que ponham em risco o recebimento dos benefícios contratados pelos participantes, tomar para si o papel de protagonista na gestão da entidade previdenciária, indicando temporariamente profissional que atuará como uma *longa manus* estatal, ficando responsável por administrar o patrimônio da entidade, na tentativa de trazer à normalidade aspectos ligados à governança, gestão patrimonial e equilíbrio financeiro-atuarial dos planos de benefícios, visando ao cumprimento dos compromissos previdenciários assumidos pela entidade no contrato previdenciário.

## 1 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL

A disciplina normativa básica dos regimes especiais de administração encontra-se delineada nos artigos 42 a 62 da Lei Complementar nº 109/2001, aplicando-se, subsidiariamente, os dispositivos da Lei nº 6.024/74 que dispõe sobre o regime de intervenção e liquidação das instituições financeiras<sup>5</sup>.

Importante ressaltar que a relação hermenêutica existente entre a Lei Complementar nº 109/2001 e a Lei nº 6.024/74 é de subsidiariedade e não de especialidade. Ou seja, não seria o caso de lacuna no sistema normativo vigente pela ausência de norma jurídica para regular os regimes

5 Nesse sentido, o art. 62 da LC 109/2001 ao afirmar que “aplicam-se à intervenção e à liquidação das entidades de previdência complementar, no que couber, os dispositivos da legislação sobre a intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras, cabendo ao órgão regulador e fiscalizador as funções atribuídas ao Banco Central do Brasil”.

especiais de administração das EFPC, mas de aplicação subsidiária, complementar, entre um regime jurídico aplicável às entidades fechadas e aquele mais detalhista aplicável às instituições financeiras.

A aproximação do regramento normativo entre as entidades fechadas e as instituições financeiras justifica-se na medida que ambas se identificam quanto a natureza da atividade desenvolvida na administração de recursos de terceiros, que fazem aproximar os regimes jurídicos aplicáveis, embora diverjam quanto à finalidade lucrativa das atividades econômicas, a qual não se apresenta nas entidades fechadas de previdência complementar. As pessoas jurídicas que atuam nesses segmentos exercem atividades econômicas com forte atuação no mercado financeiro, possuindo o Estado papel fundamental na regulação e fiscalização por meio dos seus órgãos fiscalizador e regulador que, no caso das instituições financeiras, pertencem ao Banco Central do Brasil e ao Ministério da Fazenda, respectivamente.

Uma questão possível de ser aventada, já suscitada pela doutrina, seria questionar a aplicação subsidiária também das regras constantes na Lei nº 11.101/2005, que trata da recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, aos casos envolvendo a liquidação extrajudicial das EFPC.

O regime de execução concursal previsto pela lei de falências (Lei nº 11.101/2005) é plenamente aplicável às instituições financeiras, sem prejuízo da adoção dos institutos da intervenção e liquidação extrajudicial previstos pela Lei nº 6.024/74, como bem apontado por Fábio Ulhoa Coelho:

Na forma prevista pela Lei n. 6.024, de 1974, as instituições financeiras estão sujeitas a um regime de execução concursal de natureza extrajudicial. Esse regime não exclui, em caráter absoluto, a falência dos comerciantes dessa categoria, que, em determinadas hipóteses, pode ser decretada. Assim, se a instituição financeira não estiver sob liquidação extrajudicial ou sob intervenção decretada pelo Banco Central, ela poderá, nas mesmas condições previstas para os demais exercentes de atividade mercantil, ter a sua falência decretada judicialmente. Quando houver impontualidade injustificada ou prática de ato de falência de sua parte, poderão os seus credores requerer a decretação da quebra. Além disso, estando sob o regime de liquidação extrajudicial ou intervenção, o Banco Central deve, nos casos delineados pela lei (LILE, arts. 21, b, e 12, d), autorizar o

oferecimento de pedido judicial da falência da instituição, que será feito, respectivamente, pelo liquidante ou pelo interventor<sup>6</sup>.

Encontra-se em vigor dispositivo da LC 109/2001 que não admite, de forma expressa, a aplicação do regime jurídico da concordata ou da falência para as entidades fechadas: *”Art. 47. As entidades fechadas não poderão solicitar concordata e não estão sujeitas a falência, mas somente a liquidação extrajudicial”*.

Não vislumbramos a aplicação dos institutos do direito comercial previstos na Lei nº 11.101/2005 às EFPC pelas seguintes razões.

A Lei nº 11.101/2005 que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária possui, em seu art. 2º, II, dispositivo negando eficácia do referido diploma normativo à “empresa pública, sociedade de economia mista, instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, *entidade de previdência complementar*, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores” (*grifamos*).

De fato, as atividades desempenhadas pelas entidades fechadas de previdência social possuem algumas características que as diferenciam da atividade comercial das sociedades empresárias do Código Civil, cabendo destacar a ausência de finalidade lucrativa e a existência de regras próprias (lei especial) para a intervenção estatal nessas pessoas jurídicas de direito privado, o que permite concluirmos pela não aplicação da lei de falência às EFPC.

Outros atos normativos editados pelos órgãos regulador e fiscalizador do sistema fechado de previdência complementar também disciplinam situações que repercutem no funcionamento desses regimes especiais, a exemplo da Resolução CGPC nº 24/2007 e das Instruções SPC nº 16/2007 e nº 17/2007 que dispõem, respectivamente, sobre parâmetros para a fixação da remuneração dos administradores especiais, interventores e liquidantes, limites das despesas realizadas por estes gestores no exercício do regime especial e da obrigatoriedade da emissão de relatório mensal de informações e encaminhamento ao órgão fiscalizador.

6 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 402.

## 2 DISPOSIÇÕES COMUNS AOS REGIMES ESPECIAIS DE ADMINISTRAÇÃO

A Lei nº 12.154/2009<sup>7</sup> outorgou poderes à PREVIC, na qualidade de órgão de fiscalização e supervisão do sistema, para decretar os regimes especiais e nomear os gestores responsáveis por executar tal tarefa.

Os gestores designados (administrador especial, interventor e liquidante) praticam atos de gestão administrativa em busca da recuperação da entidade, trazendo-a à normalidade administrativa, contábil e financeira.

A decretação dos regimes especiais tem por finalidade evitar o encerramento prematuro das atividades das EFPC, e objetiva, em última análise, garantir a higidez do sistema previdenciário, evitando prejuízos sistêmicos que afetem a credibilidade do regime de previdência complementar perante a sociedade.

Cabe ao órgão de fiscalização do sistema a nomeação do novo gestor, estabelecendo as condições, limites, alcance e período de duração em que será exercido o regime especial, delimitando os poderes de gestão da pessoa indicada, conferindo poderes de representação, ora para sanear plano de benefício específico (casos de administração especial), ora para sanar irregularidade verificada por sua área de fiscalização (intervenção), e ora para, nas situações extremas em que há inviabilidade de recuperação da EFPC ou pela ausência de condição para seu funcionamento, designar o liquidante para realizar o ativo e liquidar o passivo da entidade, estabelecendo o quadro geral de credores e preferências para pagamento dos débitos da entidade.

Por essas razões, são relacionados os seguintes poderes administrativos conferidos por lei ao órgão fiscalizador:

- decretar o regime especial;
- designar o administrador especial, interventor e liquidante, fixando os limites e as condições em que o regime será exercido;

7 Art. 2º Compete à Previc: [...] I - proceder à fiscalização das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de suas operações; II - apurar e julgar infrações e aplicar as penalidades cabíveis; [...] VI - decretar intervenção e liquidação extrajudicial das entidades fechadas de previdência complementar, bem como nomear interventor ou liquidante, nos termos da lei;(grifamos)

- aprovar os atos de gestão que importem em oneração ou disposição do patrimônio das entidades;
- aprovar o plano de recuperação da entidade, no caso da intervenção; e
- encerrar, quando for o caso, o regime de liquidação com a aprovação das contas finais do liquidante e com a baixa nos devidos registros.

### 3 REGIMES ESPECIAIS DE ADMINISTRAÇÃO EM ESPÉCIE

Podemos conceituar os *regimes especiais* como o conjunto de atos administrativos de intervenção na ordem econômica praticados por pessoa designada pelo Estado, com a finalidade de resguardar o bom funcionamento das entidades de previdência complementar, os ativos garantidores e o pagamento dos benefícios contratados pelos participantes e assistidos.

Ressalte-se que a disciplina legal prevista na Lei Complementar nº 109/2001 abrange a aplicação das regras concernentes aos regimes especiais tanto no âmbito das entidades abertas, quanto nas fechadas.

Nossa análise, neste momento, manterá o foco nas entidades fechadas, delimitando-se o objeto de estudo para facilitar a compreensão da matéria, o que não impede a aplicação dos entendimentos ora firmados ao regime aplicável às entidades abertas, porquanto existente a identidade do regramento jurídico.

A depender das irregularidades verificadas nas entidades fechadas poderá a autoridade administrativa vir a decretar o regime de administração especial, intervenção ou liquidação extrajudicial.

Preliminarmente, antes de adentrar à disciplina jurídica dos regime especiais, impõe-se o registro para firmar a natureza administrativa (não jurisdicional, portanto, como é o caso da falência nas sociedades empresárias) desses regimes especiais, o que não impede, por óbvio, o controle *a posteriori* do Poder Judiciário em relação aos atos administrativos praticados durante o curso do regime especial.

A possibilidade da indicação de um *administrador especial*, com poderes próprios de intervenção e de liquidação extrajudicial, surge

como a primeira hipótese conferida ao órgão fiscalizador, com o *objetivo de sanear plano de benefícios específico*, caso seja constatada a ocorrência de alguma das situações previstas nos artigos 44 e 48 da Lei Complementar nº 109/2001.

A natureza cautelar do regime de administração especial assemelha-se à designação do Diretor-Fiscal nas entidades abertas (art. 43 da LC 109), com a diferença deste último não possuir poderes de gestão, mas com poderes de propor ao órgão fiscalizador (no caso, a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP) a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial.

A atuação do administrador especial difere do papel conferido ao interventor, por consistir medida administrativa cirúrgica destinada a sanear plano de benefício específico, enquanto na intervenção a atuação do gestor se realiza num aspecto mais amplo, abrangendo a atividade da entidade fechada como um todo, inclusive quanto ao plano de benefícios.

A *intervenção* consiste medida de natureza cautelar que pode ser decretada pelo órgão fiscalizador ou por requerimento justificado do patrocinador, do instituidor, dos órgãos estatutários ou em conjunto pela administração da entidade quando constatada a prática de má gestão da entidade, reiteradas violações à lei, irregularidades graves ou atos que comprometam sua solvência, mediante a nomeação de um interventor, que detém plenos poderes de administração e representação, e tem por missão resguardar os direitos dos participantes e promover a recuperação da entidade.

São hipóteses que justificam a decretação da administração especial e da intervenção:

LC 109/2001:

Art. 44. Para resguardar os direitos dos participantes e assistidos poderá ser decretada a intervenção na entidade de previdência complementar, desde que se verifique, isolada ou cumulativamente:

I - irregularidade ou insuficiência na constituição das reservas técnicas, provisões e fundos, ou na sua cobertura por ativos garantidores;



II - aplicação dos recursos das reservas técnicas, provisões e fundos de forma inadequada ou em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos competentes;

III - descumprimento de disposições estatutárias ou de obrigações previstas nos regulamentos dos planos de benefícios, convênios de adesão ou contratos dos planos coletivos de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar;

IV - situação econômico-financeira insuficiente à preservação da liquidez e solvência de cada um dos planos de benefícios e da entidade no conjunto de suas atividades;

V - situação atuarial desequilibrada;

VI - outras anormalidades definidas em regulamento.

A legislação permite a decretação da administração especial e da intervenção se presentes um ou alguns dos motivos elencados no art. 44 da Lei Complementar nº 109/2001, associados ou não entre si.

Ressalte-se que a administração especial é o instituto destinado à um plano de benefícios específico administrado pela entidade, restando intocáveis os poderes de gestão administrativa do fundo de pensão em relação aos demais planos de benefícios porventura ofertados aos grupos de participantes (entidades multiplano).

Observa-se que a maioria dos incisos do citado dispositivo refere-se a situações em que há insuficiência de recursos garantidores para pagamentos dos benefícios ou má-gestão administrativa, seja pela inadequada execução da política de investimentos da entidade, situação bastante comum de desenquadramento às normas do Conselho Monetário Nacional (Resolução CMN nº 3.792/2009), seja por atuação dos dirigentes de modo contrário aos dispositivos estatutários que disciplinam as regras de governança interna da entidade fechada.

A atuação das pessoas designadas como gestores temporários da entidade objetiva garantir a solvência dos benefícios contratados, a manutenção da estabilidade das reservas técnicas e dos compromissos contratuais assumidos pela entidade.

Ao interventor são conferidos poderes de administração e representação da entidade fechada, havendo a necessidade de autorização do órgão de fiscalização quanto aos atos de gestão administrativa que importem em oneração ou disposição do patrimônio da entidade (parágrafo único, art. 45 LC 109).

Esses poderes de gestão permitem que o interventor reorganize a entidade sob o aspecto administrativo e financeiro, contratando ou demitindo funcionários da entidade, nos valores e limites fixados pelo órgão fiscalizador<sup>8</sup>, como tem reconhecido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ENTIDADE PRIVADA SOB INTERVENÇÃO. MODIFICAÇÃO DOS ESTATUTOS PELO INTERVENTOR. POSSIBILIDADE. ESTANDO A ENTIDADE DE PREVIDENCIA PRIVADA SOB REGIME DE INTERVENÇÃO, O INTERVENTOR PASSA A EXERCER, COM EXCLUSIVIDADE, OS ATOS DE GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO, INCLUSIVE PARA PROPOR ALTERAÇÕES ESTATUTARIAS EM ORDEM A PROMOVER A RECUPERAÇÃO DA ENTIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

(STJ. MS 3964/DF. Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA. Órgão Julgador: S1 - PRIMEIRA SECAO. Data do Julgamento: 26/09/1995. Data da Publicação/Fonte: DJ 30/10/1995).

Após investir-se no encargo deve o interventor inventariar e arrecadar todos os documentos e bens da entidade, dando ciência aos ex-gestores, os quais farão os registros por escrito que julgarem necessários.

A intervenção perdurará pelo tempo necessário à recuperação da entidade, prevendo o art. 8º da Resolução CGPC Nº 24/2007 o prazo de até 180 dias, prorrogável a critério do órgão fiscalizador<sup>9</sup>. Por haver referência na norma reguladora da possibilidade de prorrogação

8 A Resolução CGPC nº 24/2007 e as Instruções SPC nº 16/2007 e nº 17/2007 dispõem, respectivamente, sobre parâmetros para a fixação da remuneração dos administradores especiais, interventores e liquidantes, limites das despesas realizadas por estes gestores no exercício do regime especial e da obrigatoriedade da emissão de relatório mensal de informações e encaminhamento ao órgão fiscalizador.

9 Art. 8º Na decretação do regime especial de intervenção será estabelecido prazo de duração de até 180 (cento e oitenta) dias, prorrogável, excepcionalmente, a critério da Secretaria de Previdência Complementar, pelo prazo que esta estabelecer.

do prazo de duração da intervenção, sem qualquer limitação quanto à possibilidade de várias prorrogações, deve-se entender que caberá ao órgão de fiscalização verificar, em cada caso concreto, qual será a duração da medida interventiva e prorrogá-la pelo tempo necessário à conclusão do regime especial.

Diversamente a regulamentação da matéria no âmbito das instituições financeiras, em que o art. 4º da Lei nº 6.024/74 expressamente prevê que o período da intervenção não excederá a seis meses, o qual, por decisão do Banco Central do Brasil, poderá ser prorrogado uma única vez, até o máximo de outros seis meses. O menor tempo de duração dos regimes especiais nas instituições financeiras justifica-se pelo maior universo de pessoas que podem ser atingidas nesse segmento, o que instauraria no mercado financeiro uma insegurança jurídica nociva para as relações bancárias e para o sistema como um todo.

O interventor ou administrador especial apresentará à PREVIC, ao final do regime especial, relatório com a situação da entidade ou do plano de benefícios, apresentando plano de recuperação ou proposta de liquidação extrajudicial, conforme o caso.

A intervenção cessará quando aprovado o plano de recuperação da entidade pelo órgão fiscalizador ou se decretada a sua liquidação extrajudicial.

A liquidação extrajudicial é o regime especial decretado pelo órgão fiscalizador quando constatada a inexistência de condições para o funcionamento da entidade ou a inviabilidade de sua recuperação, mediante a nomeação de liquidante com amplos poderes de representação, administração e liquidação, com a finalidade básica de organizar o quadro geral de credores, realizar o ativo e liquidar o passivo da entidade.

A liquidação extrajudicial geralmente é precedida da intervenção. Pode ser levantada a qualquer tempo, desde que constatados fatos supervenientes que viabilizem a recuperação da entidade de previdência complementar.

Entende-se por ausência de condição para funcionamento de entidade de previdência complementar o não atendimento às condições mínimas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Consistem deveres básicos dos administradores dos regimes especiais:

- a) gestão e representação da entidade, com a prudência própria daqueles que administram recursos de terceiros (princípio do homem prudente);
- b) envio ao órgão fiscalizador de relatório mensal com informações circunstanciadas acerca do andamento dos trabalhos, de sua remuneração e de eventuais assistentes ou assessores contratados, bem como das respectivas despesas decorrentes do exercício do encargo (diárias, hospedagem, transporte e moradia); e
- c) buscar, sempre que possível, a recuperação da entidade, reconduzindo-a à normalidade administrativa.

O administrador especial, interventor e liquidante nomeados receberão remuneração da entidade fechada, cujo valor será proporcional ao porte do plano ou planos de benefícios submetidos ao regime especial, ou ao porte da entidade fechada, no conjunto dos seus planos, quando tratar-se de intervenção ou liquidação extrajudicial. Os critérios da para fixação da remuneração estão definidos na Resolução CGPC nº 24/2007 e nas Instruções SPC nº 16/2007 e nº 17/2007.

A PREVIC atualiza com certa frequência o valor máximo a ser pago aos gestores dos regimes especiais, regulamentação prevista no art. 3º da Resolução CGPC nº 24/2007. Caso o gestor designado seja servidor público, será considerada a soma das remunerações percebidas no órgão público cedente e na entidade fechada cessionária para os fins de conformação ao teto remuneratório fixado aos servidores públicos no inciso XI, art. 37 da Constituição Federal.

Os gestores também serão ressarcidos das despesas com hospedagem, alimentação e deslocamento, além de poderem contratar técnicos para auxiliar no encargo legal.

#### **4 EFEITOS DA DECRETAÇÃO DA INTERVENÇÃO E DA LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL**

A Lei Complementar nº 109/2001 elenca alguns efeitos que são automáticos em razão da decretação da intervenção e da liquidação

extrajudicial, alguns aplicáveis a ambos os regimes especiais, outros tão somente à liquidação extrajudicial.

Dentre os efeitos comuns da decretação da intervenção e da liquidação situam-se a perda do mandato dos administradores e dos membros dos conselhos estatutários das entidades (Diretoria Executiva, Conselho Deliberativo e Conselho Fiscal), sejam titulares ou suplentes e a indisponibilidade dos bens dos administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar.

Há de se observar que após a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial a apuração da responsabilidade dos antigos gestores da EFPC deve ser apurada mediante a instauração pelo órgão fiscalizador de inquérito administrativo, momento em que será conferida ampla defesa e o contraditório aos gestores investigados.

O inquérito administrativo será iniciado com a publicação de Portaria da PREVIC no Diário Oficial da União e concluído com o relatório elaborado pela Comissão de Inquérito, o qual será, ao final, submetido para aprovação ou não da Diretoria Colegiada da autarquia.

Os efeitos jurídicos automáticos possuem natureza cautelar e visam a evitar qualquer tipo de influência dos antigos gestores que participaram direta ou indiretamente das operações que resultaram na situação fática que engendrou a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial.

A indisponibilidade dos bens dos administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar visa impedir a alienação e oneração dos bens pertencentes a esses ex-gestores, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

Serão alcançados pela constrição administrativa os bens dos ex-gestores que atuaram na entidade nos 12 (doze) meses anteriores à decretação do regime especial, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades, bem como os bens desses mesmos ex-gestores que tenham sido adquirido por terceiros, desde que haja seguros elementos de convicção de alienação fraudulenta.

Não serão objeto da constrição administrativa os bens inalienáveis ou impenhoráveis, qualificados como tal pela legislação em vigor, e aqueles cujos contratos foram levados a registro público até doze meses antes da data de decretação do regime de intervenção ou liquidação extrajudicial.

Não será adotada a indisponibilidade de bens dos ex-gestores quando os motivos da decretação sejam totalmente desvinculados do exercício das atribuições dos ex-dirigentes perante a entidade fechada, situação esta que pode ser comprovada no curso do inquérito administrativo.

Podemos exemplificar a ausência do nexo causal entre a decretação do regime especial e participação dos ex-gestores nos casos em que ficou demonstrado que a depreciação dos recursos garantidores decorreu de aplicações realizadas no mercado financeiro que, embora tenham seguido os padrões de prudência e conformidade com a política de investimentos da entidade, tenham resultado em perdas significativas dos ativos financeiros, em razão de força maior, como ocorre nas crises sistêmicas do mercado financeiro.

Após a declaração da indisponibilidade dos bens deve o interventor ou o liquidante providenciar o registro do gravame dos bens nos órgãos competentes, fazendo a publicação do edital para conhecimento de terceiros<sup>10</sup>.

Tal providência administrativa impedirá que os órgãos competentes para o registro realizem a transferência do patrimônio garantidor, mantendo os bens indisponíveis até a conclusão do inquérito administrativo.

Ao final do inquérito administrativo, aprovado o relatório final pelo órgão fiscalizador, duas as conclusões possíveis: a) o reconhecimento da inexistência de prejuízo à EFPC, o que proporcionará o arquivamento

---

10 LC 109/2001: Art. 60. O interventor ou o liquidante comunicará a indisponibilidade de bens aos órgãos competentes para os devidos registros e publicará edital para conhecimento de terceiros.  
Parágrafo único. A autoridade que receber a comunicação ficará, relativamente a esses bens, impedida de:  
I - fazer transcrições, inscrições ou averbações de documentos públicos ou particulares;  
II - arquivar atos ou contratos que importem em transferência de cotas sociais, ações ou partes beneficiárias;  
III - realizar ou registrar operações e títulos de qualquer natureza; e  
IV - processar a transferência de propriedade de veículos automotores, aeronaves e embarcações.

do processo no órgão fiscalizador; e b) verificada a existência de prejuízo, o órgão fiscalizador encaminhará o inquérito administrativo, com o respectivo relatório, ao órgão do Ministério Público competente para a apuração das responsabilidades civil e criminal dos responsáveis pela lesão ao patrimônio da EFPC e dos recursos garantidores do plano de benefícios.

O liquidante ou aqueles contra os quais foi decretada a indisponibilidade dos bens, sem que o relatório do inquérito administrativo tenha concluído pela existência de culpa, poderão solicitar ao órgão de fiscalização, se este assim não agiu de ofício, o levantamento do gravame perante os órgãos competentes, de forma a devolver a integralidade dos direitos inerentes à propriedade particular (uso, gozo e disposição sobre os bens, art. 1.228 do Código Civil).

Será mantida a indisponibilidade com relação às pessoas indiciadas no inquérito, após aprovação do respectivo relatório pelo órgão fiscalizador.

Situação recorrente que tem sido objeto de apreciação do órgão fiscalizador consiste na liberação dos bens dos gestores que não tiveram reconhecida sua responsabilidade nas irregularidades apuradas no inquérito administrativo, mas que o órgão de fiscalização, em razão do número de envolvidos e de indícios de práticas criminosas, por cautela, encaminha os autos para o Ministério Público, na forma do art. 64 da Lei Complementar nº 109/2001<sup>11</sup>, para apuração da responsabilidade civil e criminal, incluindo o nome de investigados que, embora não tenham praticado infração administrativa, possam ter participado de alguma forma das irregularidades com repercussão nas demais esferas de responsabilização.

Com a remessa dos autos ao *parquet*, tem entendido o órgão de fiscalização que cumpriu sua função administrativa, cabendo ao Ministério Público avaliar sobre os desdobramentos da investigação administrativa, inclusive quanto à liberação dos bens dos ex-gestores da entidade.

---

11 Art. 64. O órgão fiscalizador competente, o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários ou a Secretaria da Receita Federal, constatando a existência de práticas irregulares ou indícios de crimes em entidades de previdência complementar, noticiará ao Ministério Público, enviando-lhe os documentos comprobatórios.

Parágrafo único. O sigilo de operações não poderá ser invocado como óbice à troca de informações entre os órgãos mencionados no caput, nem ao fornecimento de informações requisitadas pelo Ministério Público.

Como o poder de decretar o regime especial foi conferido pela LC 109/2001 ao órgão de fiscalização, com maior razão também lhe é conferida a possibilidade de, no momento da análise do relatório final do inquérito administrativo, fazer constar a liberação dos bens daqueles ex-gestores que, comprovadamente, não participaram dos atos lesivos à entidade ou ao plano de benefícios por ela administrado.

Nessas situações, há de ser levada em conta a independência das esferas de responsabilização, devendo o órgão de fiscalização decidir, fundamentadamente, sobre a liberação ou não dos bens e em relação a quais investigados persistirá a constrição administrativa.

O envio dos autos do inquérito administrativo ao Ministério Público e a respectiva dúvida da PREVIC acerca dos poderes de liberação dos bens dos ex-gestores quando os autos já se encontrarem no *parquet* tem gerado discussões judiciais que trazem prejuízo à livre administração do patrimônio dos particulares que participaram da gestão da entidade.

O Tribunal Regional Federal da 2ª região, em pelo menos duas oportunidades, manifestou-se no sentido de ser atribuição do órgão fiscalizador apreciar os pedidos de liberação de bens, como observado nos julgados a seguir transcritos:

DIREITO ADMINISTRATIVO. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. INTERVENÇÃO EXTRAJUDICIAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS ADMINISTRADORES E MEMBROS DOS CONSELHOS CONSULTIVOS E FISCAIS INDICIADOS. [...] Terminado o regime de intervenção em 2004, malgrado a revogação daquele diploma legal pela Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001, tal previsão foi mantida, nos moldes do artigo 59. - No tocante à apuração e liquidação final das responsabilidades dos administradores faz-se necessária a remissão à Lei nº 6.024/74, nos moldes do art. 62 citado anteriormente, com especial atenção ao art. 46. - *Finalizados os procedimentos administrativos concluiu o Ministério Público Estadual/RJ por não promover a persecução do Autor na esfera civil, penal ou administrativa. Cumpre considerar, ainda, a manifestação do órgão ministerial e da Secretaria de Previdência Complementar do MPS pela inexistência de óbice ao desbloqueio dos bens do Autor, porquanto encerrado o regime de intervenção do GASIUS, arquivados os correspondentes procedimentos administrativos e cumpridas as respectivas sanções administrativas aplicadas pela Comissão de Inquérito. - Nesse panorama e à luz dos ditames legais, a postura adotada pela Administração de manter*



*indisponíveis os bens do Autor revela-se juridicamente insustentável, tendo em vista a inexistência de interesse ou conveniência para o resguardo dos bens e valores.* - Irrepreensível, portanto, a r. sentença que, equacionando com absoluta propriedade a questão, julgou procedente, em parte, os pedidos para determinar a liberação integral dos bens do Autor. - No que se refere aos honorários advocatícios, contudo, o julgado merece reforma, afinal, julgado improcedente o pedido de pagamento de danos morais, a pretensão autoral foi acolhida em parte. Desta feita, entendendo caracterizada a sucumbência recíproca e aplicável o preceito do artigo 21, caput, do CPC. - Remessa necessária não provida. Recurso parcialmente provido para estabelecer a compensação entre as partes dos ônus processuais. (TRF 2ª região. 7ª turma. PELRE 503845. Relator: Desembargador Federal Flavio de Oliveira Lucas. E-DJF2R - Data::03/06/2011).

ADMINISTRATIVO – ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA – INTERVENÇÃO LEVADA A EFEITO PELO MPAS – INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS ADMINISTRADORES E MEMBROS DOS CONSELHOS DELIBERATIVOS, CONSULTIVOS, FISCAIS E ASSEMELHADOS – ART. 71 DA LEI Nº 6435/77 – CONSELHEIRO FISCAL NÃO INDICIADO PELA COMISSÃO DE INQUÉRITO – AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES – DESFAZIMENTO DO ATO CONSTRITIVO – COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO INTERVENTOR. I - Consoante o disposto no art. 71 da Lei nº 6.435/77, “os administradores e membros de conselhos deliberativos, consultivos, fiscais ou assemelhados, das entidades de previdência privada sob intervenção ou em liquidação extrajudicial, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.” II – A indisponibilidade em questão é consequência imediata do decreto de intervenção, devendo servir como elemento assecuratório da efetividade dos trabalhos de investigação e fiscalização implementados pela Comissão de Inquérito. III - *Uma vez constatada pela Comissão a ausência de quaisquer indícios de irregularidade de conduta do Autor quando do exercício de suas funções de Conselheiro Fiscal junto à instituição alvo da intervenção, e, por consectário lógico, deixando o mesmo de ser indiciado ao final do inquérito administrativo, é de rigor a liberação dos bens anteriormente declarados indisponíveis, dando-se efetividade, assim, à orientação que deflui da redação do art. 71 da Lei nº 6.435/77, parte final.* IV – *É do órgão interventor, e não do Ministério*

*Público, a competência para determinar o desfazimento do ato que decreta a indisponibilidade dos bens das pessoas referenciadas no art. 71 da Lei nº 6.435/77. V - Apelação e remessa oficial desprovidas. (TRF 2ª região. 7ª turma. AC 200251010053123. Relator: Desembargador Federal Sergio Schwaitzer. DJU 08/03/2006. Página: 195).*

Desse modo, entendemos que, embora o momento mais adequado para a avaliação sobre a liberação ou não dos bens seja quando da elaboração do relatório final da Comissão de Inquérito, se o órgão de fiscalização, por qualquer motivo, não tenha apreciado a questão, encaminhando os autos ao Ministério Público, se este não o fizer em prazo razoável, não diligenciando para proceder à responsabilização civil e criminal ou arquivamento dos autos, é possível à PREVIC decidir sobre a questão considerando que possui autorização legal para conduzir os regimes especiais no âmbito da previdência complementar fechada.

Outros efeitos específicos fixados pelo art. 49 da LC 109/2001 para as hipóteses de decretação da liquidação extrajudicial, e que atingem a órbita de interesses (direitos e obrigações) da entidade, dos participantes e de terceiros que de alguma forma se relacionam com a entidade de previdência complementar, são os seguintes:

- a) Suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda;
- b) Vencimento antecipado das obrigações da liquidanda;
- c) Não incidência de penalidades contratuais contra a entidade por obrigações vencidas em decorrência da decretação da liquidação extrajudicial;
- d) Não fluência de juros contra a liquidanda enquanto não integralmente pago o passivo;
- e) Interrupção da prescrição em relação às obrigações da entidade em liquidação;
- f) Suspensão de multa e juros em relação às dívidas da entidade;
- g) Inexigibilidade de penas pecuniárias por infrações de natureza administrativa; e

- h) Interrupção do pagamento à liquidanda das contribuições dos participantes e dos patrocinadores, relativas aos planos de benefícios.

São situações que dizem respeito diretamente à obrigação pecuniária que fará parte do passivo da entidade fechada e recebem tratamento especial da legislação, de modo a permitir um “congelamento” do passivo da entidade, permitindo o início dos trabalhos de levantamento dos valores devidos e pagamento dos credores, segundo a ordem preferencial.

A liquidação extrajudicial, se não afetar apenas um ou alguns planos de benefícios da entidade acarretará a extinção da pessoa jurídica pelo órgão fiscalizador.

## 5 ASPECTOS GERAIS RELACIONADOS À LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DAS ENTIDADES FECHADAS

As atribuições do liquidante envolvem a prática de atos próprios da execução concursal, dentre as quais: a) organizar o quadro geral de credores; b) realizar o ativo; e c) liquidar o passivo.

Esse o sentido do art. 50 da LC 109/2001:

Art. 50. O liquidante organizará o quadro geral de credores, realizará o ativo e liquidará o passivo.

§ 1º Os participantes, inclusive os assistidos, dos planos de benefícios ficam dispensados de se habilitarem a seus respectivos créditos, estejam estes sendo recebidos ou não.

§ 2º Os participantes, inclusive os assistidos, dos planos de benefícios terão privilégio especial sobre os ativos garantidores das reservas técnicas e, caso estes não sejam suficientes para a cobertura dos direitos respectivos, privilégio geral sobre as demais partes não vinculadas ao ativo.

§ 3º Os participantes que já estiverem recebendo benefícios, ou que já tiverem adquirido este direito antes de decretada a liquidação extrajudicial, terão preferência sobre os demais participantes.

§ 4º Os créditos referidos nos parágrafos anteriores deste artigo não têm preferência sobre os créditos de natureza trabalhista ou tributária.

Para as entidades abertas de previdência complementar os efeitos da decretação da liquidação incidem somente em relação às suas atividades de natureza previdenciária, já que tais entidades também podem possuir autorização estatal para executar outras atividades que não o fornecimento de produtos previdenciários.

Na formação da ordem de preferência dos credores, os créditos dos participantes e assistidos possuem preferência em relação a todos os demais créditos da massa, e, dentro dessa espécie de crédito, os créditos dos assistidos e dos elegíveis que já satisfizeram as condições para a concessão dos benefícios previstos no regulamento preferem aos créditos dos demais participantes do plano.

Por disposição legal, os créditos trabalhistas e tributários preferem a todos os demais. Os credores quirografários, aqueles que não possuem qualquer tipo de preferência especial ao pagamento, serão os últimos a verem seus créditos satisfeitos.

Podemos assim resumir o quadro de credores:

- a) Credor trabalhista ou tributário;
- b) Participantes e assistidos que já recebem benefício ou os elegíveis antes da decretação da liquidação;
- c) Participantes e assistidos;
- d) Credores quirografários.

Os participantes e assistidos dos planos de benefícios ficam dispensados de se habilitarem a seus respectivos créditos, estejam estes sendo recebidos ou não, tendo o privilégio especial sobre os ativos garantidores das reservas técnicas e, caso estes não sejam suficientes para a cobertura dos direitos respectivos, privilégio geral sobre as demais partes não vinculadas ao ativo.

A organização do quadro geral de credores e o estabelecimento da ordem de preferência em relação aqueles que primeiro terão os seus créditos satisfeitos impõe uma prévia reflexão sobre a natureza jurídica do patrimônio das entidades de previdência e dos seus planos de benefícios, e sobre o universo patrimonial sobre o qual recairá a satisfação das obrigações da entidade nos casos de liquidação extrajudicial.

A importância dessa questão exige a leitura atenta da redação do §2º, art. 50 da LC 109/2001 que estabelece a existência de *privilégio especial* dos créditos dos participantes e assistidos sobre os ativos garantidores das reservas técnicas e, caso estes não sejam suficientes para a cobertura dos direitos respectivos, privilégio geral sobre as demais partes não vinculadas ao ativo.

Uma questão que se nos afigura de extrema importância, e que tem levado a equívocos hermenêuticos principalmente na seara judicial, é o tema da *independência patrimonial dos planos de benefícios*, seja em relação ao patrimônio da entidade fechada, seja em relação à pluralidade de patrimônios quando presentes vários planos de benefícios administrados pela mesma entidade fechada.

As entidades fechadas de previdência complementar são constituídas sob a forma de fundações civis sem finalidade lucrativa.

Como bem discorrem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “as fundações são, no dizer de Gustavo Saad Diniz, organizações com patrimônio afetado por uma finalidade específica determinada pelo instituidor, com personalidade jurídica atribuída por lei”<sup>12</sup>.

Embora somente a entidade fechada possua personalidade jurídica, várias delas, e essa é uma tendência atual considerando o custo de operação das EFPC, oferecem vários planos de benefícios de natureza contratual abrangendo vários grupos diferentes de participantes e assistidos, como é o caso das entidades qualificadas multiplano<sup>13</sup>.

Os planos de benefícios, por não possuírem personalidade jurídica, mas tão somente Cadastro Nacional de Planos de Benefícios – CNPB (Resolução CGPC nº 14, de 01 de outubro de 2004) destinado à individualização dos patrimônios dos planos perante o órgão fiscalizador, estão, com frequência, sujeitos ao risco de entendimentos jurisprudenciais que consideram os patrimônios dos planos de benefícios

12 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.389.

13 LC 109/2001. Art. 34. As entidades fechadas podem ser qualificadas da seguinte forma, além de outras que possam ser definidas pelo órgão regulador e fiscalizador: I - de acordo com os planos que administram: a) de plano comum, quando administram plano ou conjunto de planos acessíveis ao universo de participantes; e b) *com multiplano*, quando administram plano ou conjunto de planos de benefícios para diversos grupos de participantes, *com independência patrimonial*; [...]

e da entidade fechada como sendo uma universalidade indivisível, sem realizar a separação dos respectivos patrimônios.

É princípio clássico do direito civil que a garantia do pagamento das obrigações do devedor está no patrimônio deste, e que o patrimônio das pessoas físicas que integram uma pessoa jurídica é distinto do patrimônio daquelas, e eventuais obrigações nascidas em face de um não se comunica ao outro.

Inegável a existência no nosso ordenamento jurídico de entes despersonalizados que podem figurar em relações jurídicas, a exemplo da massa falida, a herança vacante, a herança jacente e o espólio, inclusive com capacidade judiciária para figurar no pólo da relação processual em juízo.

A doutrina, inclusive, “vem incluindo outras figuras jurídicas na categoria de entidades despersonalizadas, como os grupos de consórcio e os grupos de convênio médico e eventuais fundos criados no mercado e capital – de ações, imobiliários *ou de pensão*<sup>14</sup>”.

Não se pretende com essa linha argumentativa professar a defesa da personalidade jurídica dos planos de benefícios, mas apenas chamar a atenção que a segregação de patrimônios e a responsabilização individualizada podem ocorrer mesmo em entes despersonalizados, não sendo uma novidade jurídica.

Sobre o tema, segue interessante abordagem de Sérgio de Andrea Ferreira<sup>15</sup>:

Para que se tenha a compreensão exata dessa caracterização do processo de liquidação extrajudicial de uma EFPC e, como detalharemos, da diferença da situação jurídica dos participantes e assistidos, de um lado e, de outro, dos credores externos da EFPC, é mister atentar para o que o §2º do art. 50 da LC nº 109/01 se refere como “ativos garantidores das reservas técnicas” e “demais partes não vinculadas ao ativo.

É que uma EFPC tem o que, juridicamente, se chama de: (a) um patrimônio geral; e (b) um ou mais patrimônios especiais ou separados.

14 FARIAS; ROSENVALD. *op.cit.* p.403.

15 FERREIRA, Sérgio de Andréa. Caracterização jurídica do processo de liquidação extrajudicial de entidade de previdência complementar. *Revista de Direito da Procuradoria Geral da Superintendência de Seguros Privados*. v.1, p.19-56, Rio de Janeiro: jan./dez. 2002.

[...]

Não se exige, na caracterização do patrimônio especial, uma administração separada, eis que pode ser a mesma pessoa a gestora do patrimônio geral e de um, ou mais, patrimônios especiais.

Neste passo, é pertinente lembrar que a Lei nº 6.435/77 foi editada em uma época na qual se confundiam EFPC e respectivo plano, porquanto para cada uma daquelas só havia, na sua quase totalidade, um único dos últimos, objeto do regulamento básico, o que a evolução do setor veio a alterar.

A EFPC é a estrutura organizacional que abriga Planos, e respectivos fundos garantidores, a eles finalisticamente afetados como patrimônios separados, em relação ao patrimônio geral da entidade, que é aquela parte não vinculada do ativo, na dicção do art. 67, §1º, da Lei nº 6.435/77 e do art. 50, §2º, da LC nº 109/01.

Como bem definido no art. 202 da Constituição Federal, o regime de previdência privada *é baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado*, sendo essas reservas os recursos que garantirão o pagamento dos benefícios.

Na passagem do citado art. 34, I, *b* da LC 109/2001 consta, expressamente, a separação do patrimônio dos planos de benefícios administrados pelas entidades multiplano. A mesma interpretação de separação patrimonial deve ser compreendida em relação às dívidas da entidade fechada e dos planos de benefícios que ela administra.

A lógica é bem simples: como os recursos garantidores decorrem da soma das contribuições dos próprios participantes, dos patrocinadores e dos resultados das aplicações financeiras realizadas no mercado financeiro, a estes devem ser totalmente revertidos o produto final dos recursos formados no período de acumulação.

Desse modo, existe o patrimônio da entidade fechada, pessoa jurídica com personalidade própria, e o patrimônio afetado ao pagamento de benefícios, segregado do patrimônio do ente que o administra<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Importante dar nota que por meio da Resolução CGPC nº 14/2004 foi criado o Cadastro Nacional de Planos de Benefícios, em que um número específico é dado a cada plano de benefícios administrado pela entidade fechada, com o propósito da segregação dos recursos.

Nessa linha de raciocínio, questiona-se qual seria o universo patrimonial sobre o qual recairá o pagamento dos credores nos casos de liquidação extrajudicial?

Creemos que a resposta mais adequada seria considerar, o que já prevê expressamente o §2º do art. 50 da LC 109/2001, no sentido de que o patrimônio de cada plano de benefício responda pelos créditos dos participantes e assistidos inscritos no plano de benefícios e, caso insuficientes os recursos para saldarem a totalidade dos débitos (leia-se, se os créditos dos participantes superarem o universo patrimonial do plano de benefícios), as demais partes não vinculadas ao ativo do plano de benefícios servirão como garantia do crédito dos participantes e assistidos.

Dessa forma, melhor será preservado o patrimônio destinado ao pagamento dos créditos dos participantes e assistidos.

Por fim, no encerramento do regime de liquidação há a necessidade de aprovação das contas finais do liquidante, com a baixa nos devidos registros, pelo órgão fiscalizador.

Na eventualidade da comprovação pelo liquidante da inexistência de ativos para satisfazer a possíveis créditos reclamados contra a entidade, deverá tal situação ser comunicada ao juízo competente e efetivados os devidos registros, para o encerramento do processo de liquidação.

Sendo insuficiente o patrimônio garantidor e finalizada a liquidação, deve ser encerrada a atividade da entidade fechada, com baixa no cartório de registro público e no cadastro nacional de pessoa jurídica da Receita Federal.

Segundo o disposto no art. 24 da Lei nº 6.024/74 os credores, no caso de não se conformarem com a prática de algum ato de gestão do liquidante, podem apresentar recurso administrativo no prazo de dez (10) dias, contados da data em que forem notificados da decisão. O recurso será dirigido à PREVIC e julgado pelo Diretor de Fiscalização, nos termos do inciso XV, art. 24 do Decreto nº 7075/2010.

## 6 CONCLUSÕES

As situações que ensejam a decretação dos regimes especiais de administração especial, intervenção e liquidação estão previstas na legislação como mecanismos de intervenção do Estado na ordem



econômica, com vistas a, na medida do possível, trazer a entidade ou seu plano de benefícios à normalidade administrativa e financeira.

Os atos de gestão praticados pelo administrador especial, interventor e liquidante enquadram-se no conceito amplo de ato administrativo, passível de controle jurisdicional mediante mandado de segurança, consistindo a atividade desempenhada como um *munus público* remunerado pela própria entidade.

A condução dos regimes especiais pelos gestores designados deve se pautar nos princípios que regem a administração pública, devolvendo a atividade à entidade de previdência complementar sempre que possível sua recuperação ou do seu plano de benefícios.

Considerando que a própria razão de existir das entidades fechadas é ampliar a proteção social dos trabalhadores, devem os atos administrativos praticados no curso dos regimes especiais ter sempre em vista os interesses dos participantes e assistidos desse segmento previdenciário.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Caracterização jurídica do processo de liquidação extrajudicial de entidade de previdência complementar. *Revista de Direito da Procuradoria Geral da Superintendência de Seguros Privados*. v.1, Rio de Janeiro: jan./dez. 2002.

MESSINA, Roberto Eiras. Independência patrimonial dos planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar: uma realidade! In *Fundos de Pensão Aspectos Jurídicos Fundamentais*. Coordenação de: São Paulo: ABRAPP/SINDAPP, 2009.

PULINO, Daniel. *Previdência Complementar - Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.



# DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROPOSTAS PARA UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

*DEMOCRACY AND FUNDAMENTAL RIGHTS:  
PROPOSALS FOR A DEMOCRATIC  
CONSTITUTIONAL JURISDICTION*

*Dalton Santos Moraes*

*Procurador federal da Advocacia-Geral da União*

*Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil*

*Mestre em direito processual pela Universidade Federal do Espírito Santo*

*Especialista em direito do Estado pela UGF/RIO*

*Autor de livros e artigos jurídicos.*

**SUMÁRIO:** 1 Democracia e direitos fundamentais; 2 A função antimajoritária da jurisdição constitucional; 3 Nossa jurisdição constitucional é democrática? 4 Judicialização e ativismo judicial; 5 Propostas de limitação democrática da jurisdição constitucional; 5.1 Judicial self-restraint; 5.2 Limitação da jurisdição constitucional pela própria Constituição que lhe

cabe guardar - a vinculação constitucional; 5.3 Respeito judicial à abertura do sistema de controle de constitucionalidade; 5.4 Fundamentação jurídica das decisões judiciais de controle de constitucionalidade; 6 Notas finais; Referências.

**RESUMO:** Há, contemporaneamente, uma constante colisão entre democracia e direitos fundamentais, ante a função antimajoritária destes últimos; colisão esta que acarreta questionamentos quanto à legitimidade democrática da jurisdição constitucional responsável pela proteção daqueles direitos fundamentais, em caso de sua inobservância espontânea pelo Poder Público. Isso porque, em última medida, estará uma decisão política normatizada pelos representantes do povo sendo afastada por um órgão jurisdicional não detentor de representatividade popular e, ainda que seja a própria CF/1988 que estabeleça a legitimidade abstrata da jurisdição constitucional, isso não afasta eventuais críticas de ausência de tal legitimidade diante da falta de controle democrático popular de suas decisões *a posteriore* - mais pela imposição de uma contemporânea postura ativista do Poder Judiciário do que propriamente pelo sistema de controle de constitucionalidade vigente. Sob tais premissas, o objetivo do presente trabalho é propor algumas medidas que podem manter a jurisdição constitucional no caminho da proteção dos direitos fundamentais, sem tirar do povo, concedente do poder judicial, a controlabilidade das decisões provenientes de uma função estatal que não pode ser, obviamente, incontrolável, mas que é, em essência, concessionária de um poder que não lhe pertence.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Direitos Fundamentais. Jurisdição Constitucional. Legitimidade Democrática.

**ABSTRACT:** Nowadays, there is a constant collision between democracy and fundamental rights, in front the antimajoritorial function from these last ones; collision that entails questions about the democratic legitimacy of constitutional jurisdiction responsible for protection those fundamental rights, in case of a spontaneous disregard by Government. This is because, in the final measure, will be a political decision normalized by the Legislative rejected for a court not holder from popular representation and, although it is the Brazilian Constitution of 1988 establishing the legitimacy of constitutional jurisdiction, this doesn't remove ancriticism of the absence of such legitimacy given the lack of popular and democratic control of its decisions – more by imposing a contemporary

activist position of Judiciary than properly by the Brazilian system of judicial review. Under these assumptions, the objective of this paper is to propose some measures that can maintain the constitutional jurisdiction to the protection of fundamental rights, without taking the people – grantor of the jurisdiction – the controllability of decisions from a state function that cannot be obviously uncontrollable, but that is, in essence, concessionaire of a power that not belongs to it.

**KEYWORDS:** Democracy. Fundamental Rights. Constitutional Jurisdiction. Democratic Legitimacy.

## 1 DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado democrático constitucional de direito contemporâneo vive um instigante paradoxo: a proteção dos direitos fundamentais fixados em benefício do cidadão conduzem a uma constante restrição do poder político de titularidade do próprio povo; e, em enorme medida, tal restrição do poder político, que é desempenhado em regra pelos representantes parlamentares dos próprios cidadãos, é feita através de um Poder que não dispõe de representatividade popular, o Judiciário

Essa inexorável relação entre democracia e direitos fundamentais foi muito bem captada por Robert Alexy, para quem se há uma limitação do legislador através da fixação de um rol de direitos fundamentais que definem aquilo que o legislador pode ou não pode fazer - com a finalidade de retirar os direitos fundamentais das investidas das maiorias parlamentares que exercitam momentaneamente o poder político<sup>1</sup> -, então há uma constante colisão entre o princípio democrático e tais direitos fundamentais.

Constante colisão esta que, segundo o próprio autor, mostra-se como um “problema inevitável e permanente”, à medida que a própria Constituição distribui competências nesse campo tanto ao legislador com legitimação democrática direta e responsabilidade política – em razão da possibilidade de não-reeleição – quanto aos juízes constitucionais indiretamente legitimados e não destituíveis eleitoralmente<sup>2</sup>.

1 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de direito administrativo* n. 217, p. 65-66. jul./set. 1999.

2 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 447.

Para Alexy, essa constante litigiosidade entre a democracia e o estabelecimento de direitos fundamentais demonstra uma natureza dúbia dos direitos fundamentais, sendo eles tanto democráticos quanto antimajoritários<sup>3</sup>, pois, em essência, tais direitos de ordem constitucional estabelecem posições jurídicas subjetivas fundamentais dos indivíduos que não poderão ser decididas pela regra majoritária parlamentar<sup>4</sup>.

De ver-se que a democracia atualmente desejada, portanto, é uma democracia constitucional<sup>5</sup>, pluralista e tolerante em que, por meio dos direitos fundamentais<sup>6</sup> declarados para todos os indivíduos e organizações que compõem a sociedade, assegura-se uma “democracia de direitos”<sup>7</sup> que impede o esquecimento de lembranças históricas nem tão distantes de que “apesar do seu caráter fluido e aberto, a democracia (meramente representativa), paradoxalmente, traz em seu bojo a

3 O termo empregado por Alexy é “antidemocráticos”. Preferimos, entretanto, empregar o termo “antimajoritários” para evitar questionamentos desnecessários à tradução literal do termo empregado pelo autor alemão, eis que essa caracterização “antidemocrática” atribuída aos direitos fundamentais por Alexy deve ser, na verdade, considerada como uma metáfora a indicar a função antimajoritária dos direitos fundamentais, eis que, apesar de contrária à vontade da maioria ocasional, a posição baseada em direitos fundamentais caracteriza-se como verdadeiramente democrática por proteger os compromissos humanistas feitos durante o consenso democrático constitucional. Nesse sentido, inclusive, já se chegou a afirmar que “tanto a democracia existe para a realização dos direitos fundamentais, como os direitos fundamentais dão suporte à garantia do processo democrático”. Veja-se BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia. p. 290. In *Direitos humanos e democracia*. Clémerson Merlin Clève et al. (Coord.) Rio de Janeiro:Forense, 2007, p.27-293

4 ALEXY, op. cit., 2008, p.419-420.

5 “É evidente que a regra da maioria desempenha papel de destaque nesse processo de decisão coletiva entre indivíduos iguais; porém, a decisão democrática não depende de um simples fato aritmético. Essa decisão deve resultar de um processo de formação livre e racional da vontade – e, portanto, a manutenção de certos direitos é tão essencial à democracia como a própria regra da maioria. Nesse sentido, o pré-comprometimento constitucional, por intermédio de cláusulas superconstitucionais, será moralmente legítimo toda vez que proibir os cidadãos de se autodestruírem, enquanto seres igualmente livres e portadores de direitos que protegem a sua condição de dignidade humana.” (grifei) VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 226.

6 São quatro dessas dimensões as liberais (primeira dimensão - liberdades mínimas e negativas), as igualitárias pela busca de uma igualdade substancial (segunda dimensão – preocupação promocional do direito e das liberdades positivas), as da solidariedade e da comunidade (terceira dimensão - direitos difusos e coletivos, como o meio ambiente e os direitos dos consumidores) e as da sociedade civil organizada (quarta dimensão - participação dos destinatários do ato final de decisão nos atos intermediários de formação dessa decisão, bem como o direito de questionar a posteriori a decisão tomada nas esferas próprias de competência). Veja-se ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 114-115.

7 ZANETI JÚNIOR, op. cit., p. 135.

potencialidade da determinação social, da identificação do povo com o ‘povo uno’, o fantasma totalitário, o perigo de seu contrário”<sup>8</sup>.

A colisão do monopólio do poder de conformar o direito através da função legislativa com os direitos fundamentais normatizados pela Constituição mostra-se, então, apenas aparentemente antidemocrática, eis que a função antimajoritária dos direitos fundamentais é justamente preservar o pacto democrático plural e tolerante estipulado constitucionalmente.

## 2 A FUNÇÃO ANTIMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A harmonização do ténue equilíbrio constitucional entre a representatividade majoritária ocasional da sociedade e o consenso democrático específico de maior grau qualitativo decorrente da Constituição é atribuída ao controle de constitucionalidade, especialmente à jurisdição constitucional<sup>9</sup>, como uma decorrência natural do carácter jurídico-vinculante das Constituições contemporâneas, em que estas se caracterizam como um conjunto de normas de maior hierarquia formal e de maior densidade político-jurídica, que, caso não observadas espontaneamente, deve ser imposto mediante coercibilidade pelos órgãos constitucionais responsáveis pelo controle de constitucionalidade, especialmente pelos juízes constitucionais.

Cabendo à jurisdição constitucional, como “condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”<sup>10</sup>, impor a rule of law capitaneada pela Constituição quando ela é inobservada pelos detentores do poder político, somos apresentados a um arranjo político-constitucional em que se faz uma complexa combinação entre a proteção de direitos fundamentais, a supremacia da Constituição, o império da lei e mecanismos institucionais de controle de constitucionalidade<sup>11</sup>.

8 DOBROWOLSKI, Samantha Chantau. *O pêndulo da democracia contemporânea: entre a soberania popular e os direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da Constituição*. p. 80. Apud ZANETI JÚNIOR, op. cit. p. 134.

9 “Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.” (grifei) BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 5. Disponível em: <[http://www.luísrobertobarroso.com.br/?page\\_id=39](http://www.luísrobertobarroso.com.br/?page_id=39)> Acesso em: 01 nov. 2011.

10 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 27.

11 MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.163.

Portanto, quando em uma democracia baseada em direitos fundamentais humanistas<sup>12</sup> não há a observância espontânea de tais direitos, a função de sua garantia cabe especialmente à jurisdição constitucional, a qual terá a dura missão de equilibrar, como dois lados da mesma moeda desejável ao fortalecimento da vida em sociedade, o exercício do poder político por meio da regra da democracia e a manutenção de direitos fundamentais que devem proteger pluralmente não só a maioria dos cidadãos, mas todos os cidadãos, inclusive os que compõem grupos sociais minoritários, pois o objetivo do constitucionalismo é harmonizar esses ideais de democracia e direitos fundamentais “até um “ponto ótimo” de equilíbrio institucional e desenvolvimento da sociedade política, sendo tal ponto a medida de sucesso de uma Constituição”<sup>13</sup>.

### 3 NOSSA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL É DEMOCRÁTICA?

Mesmo diante da consagração contemporânea dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, ainda existem questionamentos se a jurisdição constitucional realizada por agentes públicos que não se submetem a um processo de escolha democrática majoritária e por um Poder não sujeito aos critérios tradicionais de controle democrático<sup>14</sup> goza de legitimidade democrática para rever atos normativos produzidos pelos representantes do próprio povo.

E até que são questionamentos teoricamente plausíveis se considerarmos aquele aparente paradoxo democrático, sob o qual uma

12 “[...] trabalhadores, negros, índios, sem-terra, ambientalistas, dentre outros grupos, têm passado a ver a Constituição como um importante instrumento nas suas lutas emancipatórias. Na verdade, a conquista de algumas vitórias no cenário judicial, com suporte em argumentos constitucionais, serviu para disseminar no âmbito da sociedade civil organizada a visão da Constituição de 88 como uma ferramenta útil nas incessantes batalhas pela afirmação dos direitos dos grupos desfavorecidos.” SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. p.180. In *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 167-205.

13 BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 48.

14 “[...] as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado. Embora não se negue que também as Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, é certo que elas podem ter a sua atuação reprogramada a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés, eventual correção da jurisprudência de uma Corte Constitucional somente há de se fazer, quando possível, mediante emenda (constitucional).” (grifei) 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: Celso Bastos Editor, 1998. p. 463



Constituição democrática, a um só tempo, legitima tanto a prevalência de direitos fundamentais como limites ao exercício do poder político como o monopólio da produção do direito positivado pelo legislador democraticamente eleito <sup>15</sup>.

Sabe-se que existem diversas teorias quanto à legitimidade democrática da jurisdição constitucional, graduando-se as diversas posições doutrinárias sobre o tema desde a total rejeição de tal legitimidade ao *judicial review*<sup>16</sup> até o amplo incentivo à realização da jurisdição constitucional, sob um nítido fomento à adoção de posturas ativistas pelo Poder Judiciário.

Nesse último campo, em nossa realidade constitucional <sup>17</sup>, seria possível estipular que os principais fundamentos empregados para uma total rejeição da jurisdição constitucional, como via democrática de controle da constitucionalidade dos atos produzidos pelo legislador brasileiro, recaem sobre o processo não majoritário de escolha de nossos juízes constitucionais e a ausência de regular controle democrático posterior sobre suas decisões.

Quanto à caracterização não majoritária do processo de escolha de nossos juízes constitucionais, parece-nos que tal crítica não seja acertada quando se percebe que a jurisdição constitucional deve ser considerada sob a ideia de que a vontade da maioria ocasionalmente detentora do poder político não pode prevalecer sobre as escolhas político-jurídicas

15 “Quando um determinado Estado vive sob um regime democrático, no qual a competência pela criação legítima do Direito é monopolizada pelo Poder Legislativo, a exclusão de determinados conteúdos normativos do poder de disposição legislativa da população, e a consequente limitação do sistema democrático por meio de direitos inflexíveis, parecem entrar em choque com a própria razão de ser da democracia.” MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 143.

16 Uma forte corrente de rejeição ao *judicial review* no país em que o instituto foi criado, os Estados Unidos da América, é denominada como constitucionalismo popular e propõe que o poder de dizer o que a Constituição deve ser atribuído ao “povo”, vez que este seria um órgão social capaz de atuar política e independentemente dos órgãos estatais governamentais para a plena distribuição das responsabilidades sociais. Veja-se PIRES, Thiago Magalhães. *Crônicas do subdesenvolvimento: jurisdição constitucional e democracia no Brasil*. *Revista de direito do Estado* n° 12. a.3. out./dez. 2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 185.

17 Não é possível se desconsiderar a importância da jurisdição constitucional para a concretização dos direitos fundamentais e para a aferição de constitucionalidade das escolhas político-jurídicas feitas pelo legislador numa realidade em que nossa própria Constituição estabelece a essencialidade do *judicial review* para nosso sistema de controle. É o que verifica pela simples leitura dos incisos XXXV, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII do art. 5º e pelo caput, incisos I, a), III e § 1º § 2º § 3º do art. 102 da CF/1988.

feitas durante o consenso democrático privilegiado responsável pela Constituição.

É que se um dos fundamentos do controle de constitucionalidade, e conseqüentemente da jurisdição constitucional, é justamente impedir que a vontade da Carta seja modificada pelo legislador ordinário ou pelo próprio legislador constituinte derivado, neste caso além dos limites especificamente postos pela própria Constituição, e se isso importa que o controle seja exercido mediante a adoção de posturas contramajoritárias à vontade do legislador ordinário e das entidades governamentais com interesse nas medidas que violem a Constituição<sup>18</sup>, não se deve estipular a escolha dos juízes constitucionais por um processo majoritário em que os mesmos sejam submetidos a todas as espécies de pressões e *lobbys* idênticos aos que normalmente ocorrem na escolha dos membros eleitos dos Poderes Executivo e Legislativo.

Na verdade, esse processo antimajoritário de escolha dos membros do Poder Judiciário revela-se como um importante mecanismo de manutenção da jurisdição constitucional como contraponto antimajoritário à vontade do legislador ocasional em nossa realidade<sup>19</sup>, pois, ao contrário dos agentes políticos que compõem os demais Poderes, os agentes responsáveis pela jurisdição constitucional não são obrigados a “jogar para a galera”<sup>20</sup>.

Não por outro motivo foi esse processo antimajoritário de escolha dos nossos juízes constitucionais fixado pelo mesmo pacto popular

18 Segundo Gustavo Binenbojm, mesmo autores não adeptos de uma ampla legitimidade da jurisdição constitucional, como John Hart Ely, reconhecem que ao poder de revisar judicialmente a validade constitucional dos demais atos do Poder Público deve ser conferida uma função contramajoritária apta a “facilitar a representação das minorias, sustando leis que exibam caráter discriminatório e, como tal, representem risco à higidez do sistema representativo”, pois uma pretensão da maioria ocasional em alijar uma minoria do processo político democrático estabelecido pela Constituição precisa receber a pecha de invalidez a ser designada pela jurisdição constitucional, daí decorrendo a legitimidade de tal função. (op. cit. p. 103.)

19 “[...] a legitimidade das decisões judiciais não decorre da sua aprovação popular, mas de sua efetiva correspondência à ordem jurídica. Por isso, o fato de alguma decisão que promova a constitucionalização do ordenamento contrariar a maioria da população não basta para infirmar a sua legitimidade, inclusive porque uma das funções do constitucionalismo é exatamente a de proteger valores e princípios superiores da miopia e do arbítrio das multidões.” SARMENTO, op. cit., p.190.

20 Pelo menos, em essência, já que não se pode desconhecer que o processo de seleção política dos magistrados de segunda instância e de Tribunais Superiores no Brasil tem se contaminado por questões político-partidárias constitucionalmente indesejáveis e não recomendáveis ao processo de escolha técnicas de tais juízes. Veja exemplo categórico da presente afirmação em <<http://www.conjur.com.br/2011-set-12/assinatura-bolsonaro-lista-apoio-detonou-promocao-juiz>> Disponível em: 31 dez. 2011.

democrático que originou a CF/1988, pois é intenção da Constituição que a jurisdição seja uma garantia efetiva de proteção contramajoritária dos direitos fundamentais e de controle judicial dos atos produzidos pelo Poder Público.

Essa opção constitucional - e popular - por um sistema de controle de constitucionalidade baseado na jurisdição constitucional é decisiva para afastar eventuais alegações de deficit de legitimidade democrática à atribuição do controle do poder político pela jurisdição no Brasil, pois como o exercício de tal função pelo Poder Judiciário e o processo de escolha formal dos juízes constitucionais é expressamente prevista em nossa Constituição, “discussões quanto à inexistência da jurisdição constitucional, no Brasil, ou são fúteis, ou são de lege ferranda”<sup>21</sup>.

#### 4 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Mas, exatamente porque a jurisdição constitucional é essencial à manutenção da democracia e dos direitos fundamentais, é necessário questionar se, por ser fruto de um ideal democrático, a jurisdição constitucional não deve se submeter à ideia de democracia que a legitima?

Ainda que de resposta aparentemente óbvia, tal pergunta é extremamente pertinente, porque nem mesmo o estabelecimento de um sistema constitucional de controle judicial é suficiente para afastar a constatação de que as decisões proferidas pela jurisdição constitucional, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), não tem sido suscetíveis de regular controle democrático *a posteriori*, parecendo-nos esse o “calcanhar de Aquiles” de um sistema que se pretende legitimamente democrático.

Especialmente se consideramos uma realidade institucional em que nosso STF tem se autodenominado como o “árbitro definitivo da constitucionalidade das leis”<sup>22</sup>, como o único Poder da República brasileira que pode errar por último<sup>23</sup>, como o Poder que sua “função institucional de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) confere-

21 PIRES, op. cit., p. 198.

22 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgRg RE 433.806/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1ª. Turma. J. 08/03/2005. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 21 ago. 2011.

23 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Min. Nelson Jobim. Inteiro teor. ADI 2223 - MC/DF. Rel. Min. Maurício Córrea Plenário. j. 10/10/2002. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 21 ago. 2011.

lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental”<sup>24</sup>

Daí será possível fazer outra pergunta: se essa é a posição institucional dos juízes constitucionais, especialmente do STF, quando a jurisdição decidir contra a Constituição, quem ou o quê poderá nos salvar?

Ora, trata-se de uma pergunta plausível! Afinal, a jurisdição, como qualquer função estatal, está exposta – ainda que em muito menor grau do que as funções estritamente políticas – a arroubos de arbítrio no uso do poder, sendo perfeitamente possível supor que os mesmos juízes que deveriam guardar a Constituição possam algum dia atentar contra ela<sup>25</sup>.

Sim, porque se por um lado a jurisdição constitucional pode conferir eficaz proteção do Estado constitucional democrático de direito, por outro lado ela também poderia – como bem nos ensina a história antiga e recente de várias nações – ser um instrumento de aparelhamento da ordem democrática pelos detentores do poder político<sup>26</sup>, servindo apenas para “legitimar” constitucionalmente arroubos e práticas nefandas do poder público intentadas contra a própria Carta e contra os direitos e liberdades mínimas dos cidadãos.

Essa possibilidade extrema de que os juízes constitucionais voltem-se contra a própria Constituição, somada a um forte incremento na participação do Poder Judiciário na vida institucional brasileira<sup>27</sup>, pode representar um

24 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RCL 2986 MC/SE. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão monocrática. j. 11/03/2005. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 21 ago. 2011.

25 Ou porque outro motivo teria o legislador constituinte originário – senão essa extrema possibilidade – previsto, nos termos do art. 102, III, a) da CF/1988, que decisões de única e última instância proferidas por Tribunais, caso contrárias à Constituição, sejam passíveis de controle pelo Supremo Tribunal Federal?

26 Ciente dessa possibilidade, a CF/1988 recepcionou o art. 39, V da Lei nº. 1.079/1950 (MS 30672 AgRg/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. J. 15/09/2011), segundo o qual é possível a imposição de impeachment a ministro do STF, caso este cometa crime de responsabilidade por violação à Constituição que lhe compete guardar.

27 Inegavelmente, nossa ordem constitucional contemporânea é marcada por uma forte expansão da jurisdição constitucional, construída sob a ampla exigibilidade judicial dos direitos fundamentais e o aumento da competência dos juízes e Tribunais para o exercício do controle de constitucionalidade por via judicial. No primeiro plano, através do exercício do direito fundamental de amplo acesso ao Judiciário (5º, XXXV), qualquer indivíduo ou grupo social poderia defender seus interesses jurídico-políticos resguardados pela Constituição de maneira mais fácil do que poderia fazê-lo perante seus representantes parlamentares. Associado a essa ampla exigibilidade da jurisdição constitucional, houve um forte incremento na competência do STF para o exercício do controle de constitucionalidade por via judicial, primeiramente pela via de uma jurisprudência ativista da própria Corte pelo aumento de suas competências e, posteriormente, através de um forte movimento de ratificação desta jurisprudência

risco de que “o destino de toda e qualquer lei deixe de depender da própria vontade legislativa, passando a ser decidida pelos magistrados, com base em suas próprias preferências quanto ao assunto encampado pelo ato normativo contestado”<sup>28</sup>, tornando plausível o receio de que, mais do que uma judicialização da política e/ou das relações sociais, a aceitação de uma ampla e irrestrita participação do Poder Judiciário na definição de todas as questões político-constitucionais possa estar gerando uma completa “politização da justiça”, tornando ainda maiores as chances de que o guardião da Constituição entenda-se como o seu único e exclusivo “Senhor”<sup>29</sup>.

Essa “politização da justiça” decorrente de uma super-expansão da jurisdição constitucional<sup>30 31</sup> pode sugestionar aos juízes constitucionais que eles podem deixar de realizar julgamentos jurídicos necessariamente calcados em argumentos e parâmetros de validade de natureza jurídico-constitucional para decidirem com base nos seus critérios pessoais e/ou sob critérios eminentemente políticos de atuação que não lhe são conferidos pela Constituição, passando-se, então, a defrontarmos não mais com a judicialização das relações sociais, mas com fenômeno distinto denominado como ativismo judicial<sup>32</sup>.

---

por uma constante modificação da CF/1998 pelo próprio legislador, passando o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro por inúmeras modificações constitucionais e legais para tornar ainda mais preponderantes as decisões tomadas pelo STF. Esses movimentos de ampla exigibilidade judicial dos direitos fundamentais e de aumento das competências de judicial review do STF estabeleceram a Corte, e o próprio Poder Judiciário, como o guardião de promessas constitucionais que se, não cumpridas pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo e pela Administração Pública como um todo, poderiam ser questionadas e exigidas pelo cidadão e por entes específicos como passíveis de efetivação pela jurisdição constitucional. Veja-se VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. *Mudança paradigmática no controle constitucional concentrado e difuso provocada pelo experimentalismo institucional do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45/04*. Observatório de jurisdição constitucional. Brasília: IDP, ano 1, jan. 2008. p. 02-03.

- 28 TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade. p. 176. In *Direitos humanos e democracia*. Clèmerson Merlin Clève et al. (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 176.
- 29 SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Madrid: Tecnos, 1983. p. 213-251.
- 30 Já se chegou a caracterizar o Poder Judiciário, em especial o STF, como uma espécie de “legibus solutus que, ao contrário dos supostamente inoperantes Legislativo e Executivo, vai gerar democracia paternalisticamente para seus tutelados, ao implementar política pública”. Veja-se MAIA, Paulo Sávio Peixoto. O Supremo Tribunal Federal como “tribunal político”: observações acerca de um lugar comum do direito constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 45. n. 180. p. 387 out/dez 2008. p. 375-390.
- 31 Em outra oportunidade, percebeu-se com muita acuidade o crescimento político-institucional do STF nos últimos tempos, denominando-o como uma espécie de “Supremocracia”. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de direito do Estado*. a. 3, n. 12, p.55-75. out./dez. 2008.
- 32 Há inúmeros casos delineados pela doutrina como exemplos de ativismo judicial realizado pelo STF, sendo possível exemplificar essa atuação ativista da Corte em temas como a vedação da utilização de

Ativismo judicial esse que, quaisquer que sejam suas intenções, pode representar um risco democrático, vez que, enquanto a judicialização decorre naturalmente de um arranjo institucional estipulado pela própria Constituição com base no *judicial review*, o ativismo judicial decorre de uma opção política do Poder Judiciário, em que este, ao invés de submeter-se ao direito vigente, entende-se como capaz de criar livremente o direito que lhe cabe aplicar, retirando da atuação do Poder Judiciário a margem de controlabilidade desejada pelo ideal constitucionalista na realização de qualquer função estatal<sup>33 34</sup>.

Sob a percepção ativista do Poder Judiciário, teremos, então, ao invés da preponderância dos juízos jurídico-constitucionais dos juizes constitucionais sobre as opções feitas pelos demais Poderes e órgãos constitucionais sob um prisma eminentemente circunstancial e excepcional, uma preponderância política do Poder Judiciário baseada na constante substituição de juízos políticos, morais, sociológicos e técnicos do legislador e do administrador pelos juízos de mesma ordem dos juizes.

Ora, se é minimamente exigível que o exercício do poder político-jurídico conferido pela própria Constituição aos juizes para protegê-la seja limitado e controlado pelo “senhor” do poder, o povo, não se pode admitir o exercício da jurisdição constitucional ao largo de critérios jurídicos de conformação de validade de suas decisões, pois estas, como qualquer outra espécie de decisão estatal, deve basear-se na ideia de direito reinante sob a Constituição vigente<sup>35</sup>, sob pena de que, sob a alegação de proteger-

algemas (Súmula Vinculante 11), a vedação ao nepotismo (Súmula Vinculante 13) e a proibição geral e irrestrita de prisão cível do depositário infiel (Súmula Vinculante 25), esta última em expressa contradição ao art. 5º, LVII, in fine da CF/1988.

33 Para uma adequada e mais profunda percepção acerca do tema, veja-se VIEIRA, José Ribas et al. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In *Versus Acadêmica*. Ano 1. nº 02. Ago/2009. Disponível em: <<http://www.versus.ufrj.br>> Acesso em: 01 nov. 2011.

34 Sustenta-se, inclusive, que a distinção entre a judicialização e o ativismo judicial possa ser correlacionado às ideias de Constituição-ordem fundamental e de Constituição-moldura tão debatidas na doutrina constitucionalista, pois enquanto o ativismo judicial estaria relacionado à natural ascensão política de uma Corte Constitucional sob uma Constituição-ordem fundamental, a judicialização restringe-se ao estabelecimento de uma Constituição-moldura ou Constituição-marco, sob a qual a jurisdição constitucional mostra-se necessária, mas somente se legitimará enquanto respeitar as margens de conformação da Constituição pelo legislador e pelo administrador. Neste sentido, veja-se MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. Judicialização da política e crise do direito constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamental. *Revista de direito do Estado*, ano 3, n. 10, p. 125-142. abr./jun. 2008.

35 [...] as teorias do direito e da Constituição, preocupadas com a democracia e a concretização dos direitos fundamentais-sociais previstos constitucionalmente, necessitam de um conjunto de princípios que tenha nitidamente a função de estabelecer padrões hermenêuticos com o fito de: a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da

se direitos fundamentais, realize-se, na verdade, supressões indevidas do exercício do poder político pelos órgãos a quem a própria Constituição – ou melhor, o próprio povo – conferiu poder para tanto <sup>36</sup>.

Essa percepção é referendada por um argumento muito simples: um dos fundamentos do *judicial review* é que justamente o Poder Judiciário seria o mais bem aparelhado e especializado para decidir questões político-jurídicas de cunho constitucional, justamente porque tal Poder possui características de atuação que o afastam do padrão de decisões baseadas em critérios de mera oportunidade e conveniência política.

Se assim o é, como se pode pretender que os juízes constitucionais possam furtar-se a decidir questões constitucionais sob critérios jurídicos de interpretação e sob pressupostos jurídicos que confirmam limites de validade a sua função estatal de prestar jurisdição <sup>37 38</sup>?

---

interpretação constitucional (ratio final, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade); c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental de juízes e tribunais; e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.” STRECK, Lenio Luiz. op. cit. *O que é isto?* p. 104-105.

36 “O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.” (grifei) BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (REFE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

37 Nessa linha, temos que nos perguntar como se pode pretender que a jurisdição constitucional possa decidir contra a Constituição que lhe cabe guardar, revogando, por exemplo, pela interpretação do STF norma expressa de nossa CF/1988, por melhor que sejam os motivos delineados pela Corte. Ou não foi isso que foi feito, quando a Súmula Vinculante 25 determina que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”, apesar de haver norma constitucional originária que expressamente determina a licitude em abstrato da prisão cível do depositário infiel (5ª, LXVII, in fine)?

38 Como se pode pretender justificar ser uma constante da função jurisdicional que, ao decidir uma questão constitucional, os Tribunais e o próprio STF não fundamentem adequadamente suas decisões, quando a própria Constituição assim exige que o Poder Judiciário o faça (art. 93, IX)? Ou não é isso que vem ocorrendo quando o STF decide sobre a existência ou não de repercussão geral nos recursos extraordinários em ambiente de “plenário virtual”, onde os ministros da Corte têm se limitado a apontar ou marcar a existência ou não de questão constitucional e de repercussão geral no recurso extraordinário, sem fundamentar jurídica e expressamente sua decisão?

Não se pode, pois decisões judiciais baseadas no enfrentamento estritamente político ou pessoal de questões constitucionais afastam a função jurisdicional dos parâmetros político-jurídicos fixados pela própria Carta vigente e faz com que juízes e Tribunais acreditem ser legítimo autodenominarem-se como os únicos órgãos constitucionais com o poder de afirmar os padrões morais desejados pela Constituição, pelo que poderiam intervir até mesmo em decisões a que a própria Constituição e a legislação não lhe atribuem a última palavra <sup>39</sup>.

## 5 PROPOSTAS DE LIMITAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Tal perspectiva estritamente política e incontrolável da jurisdição constitucional nos instiga a tentar identificar alguns limites legitimamente passíveis de serem impostos àqueles que exercem a jurisdição constitucional, desde já ressaltando que, em vista da necessidade de adaptação de determinadas posturas oriundas de teorias estrangeiras a nossa realidade político-institucional, haverá – quando necessário – uma certa dose de adaptação de proposições produzidas em países onde já se superou, há muito tempo, muitos dos problemas sociais, políticos e culturais pelos quais ainda passamos no Brasil.

### 5.1 JUDICIAL SELF-RESTRAINT

Cabendo a cada órgão constitucional interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela, ainda que, em caso de divergência, seja a palavra final do Judiciário, essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria só possa ser decidida pela jurisdição constitucional: ou porque não terá o Judiciário *capacidade institucional* para solucionar adequadamente determinadas questões que envolvam aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade que não têm no juiz o decisor mais qualificado ou porque ao Judiciário não é recomendável assumir o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis de sua decisão, pois, se de um lado, o juiz está preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, não tem ele condições, muitas vezes, de avaliar

39 No Brasil, tal situação pode ser facilmente exemplificada com o recente caso da extradição do italiano Cesare Batiste em que, apesar do Chefe do Poder Executivo federal ter exercido sua competência constitucional e legal de negar a extradição, com base em parecer jurídico fundamentado da Advocacia-Geral da União e de acordo com a sua interpretação do tratado bilateral de extradição firmado entre Brasil e Itália, pretendeu o STF revisitar a decisão definitiva proferida pelo Chefe do Poder Executivo. Veja-se VIERA, José Ribas. Quem diz com quem está o direito? *Jornal da UFRJ*. Ano VI n.60. Maio 2011. p. 16-17.



o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público<sup>40 41</sup>.

Devem, portanto, os juízes, ao exercerem o controle substantivo da Constituição, moderarem-se e respeitarem as decisões políticas produzidas pelo legislador nessas condições, pois, no campo da constante colisão entre direitos fundamentais e a responsabilidade legislativa para a adequada conformação político-jurídica de tais direitos, havendo um caso concreto de colisão entre direitos fundamentais em que inexista um estado de arte (elementos fáticos, científicos, sociais, econômicos, tecnológicos, dentre outros) suficiente a gerar um grau de certeza e correção quanto a uma única decisão judicial para o referido caso, é recomendável que seja o mesmo estipulado como um *hard case* em que seja adotada uma postura de *judicial self-restraint*<sup>42 43</sup>

Entrementes, se a CF/1988 confere prioridade aos direitos fundamentais, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento de nossa República e se nossa realidade institucional-constitucional ainda sequer conseguiu produzir a efetivação dos direitos de primeira dimensão, obviamente não estamos pregando que a adoção do *judicial self-restraint* aqui sugerido limite a função da jurisdição constitucional como desejam as teorias puramente procedimentalistas produzidas em outros países, sob conjunturas de desenvolvimento econômico, social, político e cultural completamente diversas de nossa realidade.

Ao contrário disso, nossa proposta é que o Poder Judiciário reconheça-se como limitado para decidir judicialmente questões estritamente políticas

40 BARROSO, op. cit. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 13.

41 Para se empregar uma metáfora de fácil compreensão de tal limitação da jurisdição constitucional, Humberto Ávila argumentou no XIV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional (Set/2011) que, na intervenção judicial em uma política pública, fora dos padrões de evidente inconstitucionalidade de tal medida, o Judiciário tem visão limitada e distorcida, pois, diferentemente do legislador e do administrador público, “o juiz ou Tribunal vê as árvores, mas não vê a floresta”.

42 “[...] o magistrado seria impelido a decidir em prol da lei, sob a justificativa de que, nada obstante as preferências do próprio magistrado ou a relevância dos pontos levantados pela parte contrária, o resultado encerrado na lei é lógico e coerente, de acordo com as premissas que o fundamentam, e, mais importante, passou por um procedimento democrático, em que, inclusive os que lhe eram contrários, tiveram a oportunidade de expor suas dissensões.” TAVARES; BUCK, op. cit. p., 178.

43 Até porque há que se reconhecer que “uma teoria constitucional minimamente comprometida com a democracia deve reconhecer que a Constituição deixa vários espaços de liberdade para o legislador e para os indivíduos, nos quais a autonomia política do povo e a autonomia privada da pessoa humana podem ser exercitadas”. SARMENTO, op. cit. p. 196.

e/ou econômicas que pressupõem o conhecimento, a experiência e o manejo de informações e elementos que, naturalmente, escapam à função típica do Poder Judiciário e à formação profissional dos juízes.

## 5.2 LIMITAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO QUE LHE CABE GUARDAR - A VINCULAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ainda que possa parecer uma enorme obviedade a pretensão de que o Poder Judiciário se submeta à Constituição no exercício de suas funções, especialmente quando esta função seja a de guardar a própria Carta, parece de enorme atualidade a orientação de Alexander Hamilton de que o poder de controlar a conformação de validade constitucional pelo Poder Judiciário não atribuiria a este a condição de ser superior ao Poder Legislativo, pois ambos os Poderes devem submeter-se às determinações constitucionais à medida que “o poder do povo (que institui a Constituição) é superior a ambos (os Poderes)”<sup>44</sup>.

Há muito já se sustentava que cabendo às Cortes enunciar o sentido da Constituição, não poderia o Poder Judiciário apresentar “sua vontade” ao invés do seu julgamento <sup>45</sup>, pois isso seria o mesmo que substituir as pretensões normativas do legislador constituinte originário pelas suas próprias pretensões judiciais, o que, obviamente, não pode ser o desejo da Constituição quando confere ao legislador o poder privativo de inovar a ordem jurídica positivada para concretizar suas “promessas constituintes”.

Esse antigo ensinamento é de extrema atualidade, por que se tem alegado que diante da necessária característica político-jurídica da jurisdição constitucional <sup>46</sup> e de toda a diversidade e complexidade

44 HAMILTON, Alexander. “Federalist Paper no 78”. Apud DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 28.

45 DIMOULIS; LUNARDI, op. cit. p. 28.

46 “Afirmar a politicidade do controle de constitucionalidade não significa dizer que os juízes constitucionais sejam parciais ou exerçam suas tarefas de maneira inadequada. Nem indica uma disfunção ou desvio do ofício de julgar. Só se reconhece a falta de precisão das normas jurídicas, que é mais intensa no caso do texto constitucional, repleto de normas de baixa densidade normativa. Essa característica, junto aos fortes interesses a favor ou contra uma declaração de inconstitucionalidade, costumam transformar as decisões das Cortes Constitucionais em objeto de disputa política. Sabe-se que todas as decisões jurídicas têm caráter político, por serem políticas sua origem, motivação e repercussão. Aqui nós afirmamos só a politicidade nesse sentido geral. Sustentamos também que as decisões que envolvem afastamento de lei costumam adquirir visibilidade social e se tornar políticas no sentido do surgimento

que marca a contemporânea aplicação do direito pelo juiz haveria que se suportar uma certa discricionariedade judicial sobre as regulações do legislador para o alcance da vontade constituinte.

Ao contrário! Obviamente, a Constituição não confere liberdade ao magistrado para atuar arbitrariamente em substituição ao legislador; primeiro, porque é o legislador o natural detentor da função constitucional de inovar a ordem jurídica; segundo, porque se de um lado a proteção da Constituição e toda a gama de “casos difíceis” que são submetidos à decisão do juiz exige-lhe postar-se como co-criador do direito a ser aplicado em cumprimento aos preceitos constitucionais vigentes, não se pode olvidar, por outro lado, que a atuação jurisdicional deve pautar-se por parâmetros jurídicos impostos pela própria Constituição criadora do direito justo <sup>47</sup>.

Si, porque conferir à jurisdição constitucional a competência de controlar o exercício do poder político não significa atribuir ao juiz constitucional o poder de realizar funções estritamente políticas, pois tal função de natureza jurisdicional deverá ser sempre realizada “de acordo com parâmetros materiais fixados nas normas e princípios da Constituição” à medida que só quando existem parâmetros jurídico-constitucionais de conformação do poder político podem os Tribunais apreciar a violação desses parâmetros <sup>48</sup>.

Até porque a pretensão de um juiz ou Tribunal de, no exercício da função jurisdicional, atuar sob critérios eminentemente políticos, sem submeter-se aos ônus impostos pela Constituição aos agentes estritamente políticos – submissão a eleições, perda de mandato, *impeachment*, dentre outros – importaria em evidente violação ao sistema político-jurídico instituído pela Constituição vigente, pois esta não admite que o juiz, sob uma suposta aplicação criativa do direito, substitua as escolhas estritamente políticas feitas por outros órgãos constitucionais pelos seus

---

de controvérsias públicas com a participação das autoridades dos demais poderes, assim como da opinião pública.” (grifo do autor) DIMOULIS; LUNARDI, op. cit. p. 45-46.

47 “[...] ‘justiça’ não pode deixar de se equivaler a “justiça de acordo com o direito”; e, no que se segue, a palavra é usada nesse sentido. Um juiz pode ser autorizado ou obrigado a recusar aplicação a uma lei de seu ordenamento em razão da respectiva incompatibilidade com lei “mais alta”, como a constituição nacional ou obrigação supranacional que vincule o Estado, mas não pode agir assim pela mera razão de que, a seu ver, a lei ser “injusta.” JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. p. 161 Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo* n. 135. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

48 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1224.

próprios critérios pessoais de justiça ou por seus sentimentos de escolhas sociais mais adequadas <sup>49</sup>.

Parece-nos correto, portanto, entender que o dever da jurisdição constitucional em decidir contra legem ou praeter legem - quando a lei ou a sua falta estejam em desconformidade com as determinações constitucionais -, não importa em conferir discricionariedade ao juiz, nem mesmo a uma Corte Constitucional, para decidir afastando-se da Constituição que fundamenta o direito vigente, sempre buscando neste os fundamentos para suas decisões, porque é um “direito fundamental do cidadão que o Estado cumpra a Constituição” <sup>50</sup>, sendo obviamente aplicável essa aspiração constitucionalista de todo cidadão também ao Poder Judiciário.

A atribuição de controle de constitucionalidade ao juiz não importa em conferir-lhe liberdade para atuar ao largo do direito vigente, especialmente da própria Constituição, pois “a decisão e determinação do juiz, como decisão e determinação do Poder Judiciário do Estado, deve estar de acordo com o direito” <sup>51</sup> e, diferentemente da função legislativa strictu sensu sob a qual se pode revogar uma norma positivada por meros juízos de discricionariedade, conveniência e/ou oportunismo - opa, oportunidade - política, “a atividade dos juízes constitucionais é uma atividade técnica de verificação da regularidade normativa segundo a Constituição”<sup>52</sup> para corrigir a disfunção verificada no sistema jurídico com a produção de atos normativos e/ou concretos em desconformidade com a Carta.

---

49 “[...] a Constituição não ocupa, nem pode pretender ocupar todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. A disputa política entre diferentes visões alternativas e plausíveis acerca de como dar desenvolvimento concreto a um princípio constitucional é própria do pluralismo democrático. A absorção institucional dos conflitos pelas diversas instâncias de mediação, com a consequente superação da força bruta, dá o toque de civilidade ao modelo. Mas não é possível pretender derrotar a vontade majoritária, em espaço no qual ela deva prevalecer, pela via oblíqua de uma interpretação jurídica sem lastro constitucional. Ao agir assim, o intérprete estaria usurpando tanto o papel do constituinte quanto do legislador”. (grifei) BARROSO, Luís Roberto. *Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário*. In *Temas de direito constitucional*. t. III, 2005, p. 314-315.

50 STRECK, Lenio Luiz. *Palestra “Porque as reformas são uma traição à advocacia?”* na Semana do Advogado. OAB/ES. Vitória/ES, ago. 2011.

51 JOLOWICZ, op. cit. p. 161

52 DIMOULIS; LUNARDI, op. cit. p. 331.

Ou será que porque uma Corte tem o poder de “dizer o que é a Constituição”<sup>53</sup>, teriam os juízes o poder para “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”<sup>54</sup> em relação aos enunciados normativos fixados na Constituição positiva, criando uma Constituição paralela e desvirtuada das escolhas políticas feitas pelo legislador constituinte originário<sup>55</sup>?

Ou porque os juízes são os guardiões da Constituição não se deve mais deles exigir que eles se vinculem às normas constitucionais positivas que lhes cabem guardar?

Ou conceber ao Judiciário, e especialmente ao STF a última palavra a respeito da interpretação e aplicação da CF/1988 implica em uma opção por tornar suas decisões infalíveis, sem que ao povo, o legítimo detentor do poder conferido aos juízes seja conferida a possibilidade de exercer o seu poder legítimo e constitucional de contestar suas decisões?

Ou se responde contrariamente a tais questionamentos ou se torna tabula rasa a premissa constitucionalista de que é justamente essa vinculação<sup>56</sup> ou esse pré-compromisso constitucional<sup>57</sup> que não permite que se decida em

53 Em sentido contrário, contra a impossibilidade de fundamentação da jurisdição constitucional, especialmente da concessão da última palavra a respeito da interpretação e aplicação da Constituição, veja-se GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. Isonomia. n.º 67. Abr/1997. Disponível em: <[http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06\\_03.pdf](http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf)> Acesso em: 01 out. 2011.

54 ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira – situações e limites. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v.1. n.2. Porto Alegre, 2004. p. 176.

55 “Pois bem: juízes não inventam o direito do nada. Seu papel é o de aplicar normas que foram positivadas pelo constituinte ou pelo legislador. Ainda quando desempenhem uma função criativa do direito para o caso concreto, deverão fazê-lo à luz dos valores compartilhados pela comunidade a cada tempo. Seu trabalho, portanto, não inclui escolhas livres, arbitrárias ou caprichosas. Seus limites são a vontade majoritária e os valores compartilhados. Na imagem recorrente, juízes de direito são como árbitros desportivos: cabe-lhes valorar fatos, assinalar faltas, validar gols ou pontos, marcar o tempo regulamentar, enfim, assegurar que todos cumpram as regras e que o jogo seja justo. Mas não lhes cabe formular as regras.” BARROSO, op. cit. *Constituição, democracia e supremacia judicial*. p. 20-21.

56 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

57 Jon Elster utiliza uma metáfora muito interessante para expor o pré-compromisso constitucional, ao comparar a supressão das vontades políticas ocasionais pela força normativa vinculante dos compromissos constitucionais com a lenda em que o herói mitológico grego Ulisses teria que navegar na proximidade da ilha das sereias, mas, advertido previamente, amarra-se ao mastro do navio e enche seus ouvidos de cera, determinando a sua tripulação que não o retirasse daquela situação, ainda que, durante a passagem próxima da ilha, ele desse tal ordem a eles; nesse caso, deverá sua ordem devendo tal ordem ser desconsiderada diante do compromisso anterior firmado entre ele e a tripulação para a preservação do seu destino coletivo. Veja-se ELSTER, Jon. Trad. Ulisses Liberto. Estudos sobre racionalidade, pré-

qualquer direção no exercício do poder político, pois este é necessariamente passível de limitação pela própria Constituição.

Enfim, sejam quais forem as respostas que se confira aqueles questionamentos, uma coisa é certa: a atenção à vinculatividade do Texto legitimidade democrática nas decisões por eles proferidas, justamente porque assim Constitucional por parte de nossos juízes constitucionais evita questionamentos de o fazendo se impedem fissuras na institucionalidade constitucional vigente e evita-se que se decida contra a Constituição com o conseqüente esvaziamento de sua força normativa.

### 5.3 RESPEITO JUDICIAL À ABERTURA DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Existe nos Estados Unidos da América uma dualidade entre as teses por lá denominadas como “*the final say*” e “*nonsupremacy*”: enquanto na primeira entende-se que a Suprema Corte norte-americana deve, dentre suas funções, conferir a última interpretação da Constituição, coagindo os demais Poderes, na segunda corrente sustenta-se que a Corte deve respeitar as diversas interpretações produzidas pelos demais Poderes no âmbito de suas competências definidas pela própria Constituição, evitando-se com isso que o poder do povo de dispor sobre o direito possa ser cooptado por um possível despotismo do Judiciário<sup>58</sup>.

Mesmo apesar de uma discussão de fundo a respeito das evidentes distinções existentes entre a Constituição norte-americana e a brasileira, parece-nos possível transplantar essa discussão tipicamente norte-americana para nossa realidade institucional quando verificamos que, apesar da CF/1988 reconhecer expressamente que a última palavra a respeito da interpretação e aplicação da Constituição é do STF, essa mesma Constituição, além de não estipular a Corte como um Tribunal exclusivamente constitucional - ao atribuir-lhe de forma apenas precípua a guarda da Carta<sup>59</sup> -, prevê vários outros

---

compromisso e restrições. São Paulo: Editora Unesp, 2009. Veja-se também SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e a da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. *Revista de Direito Administrativo* v. 226 out./dez. 2001 p.11-32.

58 DIMOULIS; LUNARDI, op. cit. p. 326-327.

59 Já se disse que “o STF constitui-se em Juiz Constitucional, Tribunal da Federação, Juiz que julga a Administração Pública, assim como juiz administrativo, juiz penal, Alta Corte de Justiça (julga o Presidente da República e os membros do Congresso Nacional nas infrações penais comuns e nos crimes

meios de controle de constitucionalidade, inclusive de natureza não jurisdicional.<sup>60</sup>

Portanto, se deve o STF ter a última palavra a respeito da interpretação e da aplicação da Constituição, não se pode pretender caracterizar a Corte como uma espécie de super-guardião exclusivo da constitucionalidade, eis que cabe à Corte respeitar a vontade constitucional de não lhe atribuir exclusivamente tal poder, quando a própria CF/1988 não o estipulou como um Tribunal exclusivamente constitucional e estabeleceu um sistema de controle de constitucionalidade nitidamente misto.

Seria legítimo, portanto, pretender-se que, sob tal normatização constitucional, devam os juízes constitucionais respeitar a competência de cada um dos demais órgãos constitucionais denominados como “fiscais” da Constituição e reconhecer os limites dos efeitos de suas decisões, tal como definidos pela própria Carta e pela legislação processual vigente, pois isto contribui consideravelmente para a manutenção da legitimidade democrática que a própria Constituição atribui-lhe como principais, mas não exclusivos guardiões da Constituição.

Aliás, esse entendimento pode fundamentar-se, inclusive, no fato de tanto o legislador constituinte originário, quanto as diversas manifestações do legislador constituinte derivado que o sucederam, nos termos do art. 102, §2º da CF/1988, terem estabelecido que a eficácia vinculante das decisões do STF limita-se, subjetivamente, aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública brasileira.

É que assim o fazendo, a Constituição deu liberdade ao legislador e afastou-o do “autoritarismo que consistiria na criação de um Estado judicial (*Jursdiktionsstaat*)”<sup>61</sup> no Brasil, já que essa

---

de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes das Forças Armadas), Tribunal de Conflitos, Juiz de Execução e Autoridade Judiciária não contenciosa”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *La Cour Suprême dans le Système Politique Brésilien*. Apud VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Supremo Tribunal Federal após 1988: em direção a uma Corte Constitucional*. p. 196. In SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.) *15 anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 191-202.

60 Nem mesmo no campo do controle judicial de constitucionalidade, a CF/1988 atribui única e exclusivamente ao STF o poder político-jurídico de determinar a não aplicação de atos normativos contrários à Constituição, pois, apesar de ter realizado um incremento do controle abstrato de constitucionalidade concentrado naquela Corte, determina nossa Carta que juízes e Tribunais podem realizar o controle de constitucionalidade concreto pela via difusa, como uma natural e coerente consequência lógica de um sistema jurídico baseado na natureza normativa e suprema das normas constitucionais e do amplo acesso ao Poder Judiciário.

61 DIMOULIS; LUNARDI, op. cit. p. 327-328.

expressa definição dos limites da eficácia vinculante determinada pela CF/1988 deixou clara a pretensão de permitir-se um singular controle posterior da jurisdição constitucional pelos demais Poderes, seja através (i) da possibilidade de que o Poder Legislativo emende a Constituição, através do exercício do *amending power*<sup>62</sup> ou (ii) da possibilidade de que o Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo - no exercício da função estritamente política de iniciativa legislativa - resistam às decisões proferidas pelos juízes constitucionais, através da edição de ato normativo idêntico ao que foi declarado inconstitucional, permitindo-se assim que cada órgão constitucional possua “a faculdade constitucional de persistir em sua interpretação constitucional, mesmo após decisão contrária do outro”<sup>63</sup>.

Se, por um lado deve-se impedir que o Legislativo possa derrubar o poder dos juízes constitucionais mediante uma reforma meramente formal da Constituição, por outro lado “o peso do controle de constitucionalidade (por via judicial) deve ser compensado com o poder dos órgãos políticos de “responder” de algum modo aos juízes constitucionais, já que, de outro modo, a instituição do controle judicial perderia sua legitimidade”<sup>64</sup> por não respeitar a condição do Legislador como intérprete/aplicador da Constituição, cujas “escolhas no campo da concretização constitucional merecem ser respeitadas, desde que não ultrapassem os limites demarcados pela Lei Maior”<sup>65</sup>.

---

62 Exemplo clássico de *amending power* ocorreu quando a Suprema Corte norte-americana, durante a era Lockner e baseada na razoabilidade ou na cláusula do devido processo legal substantivo, adotou posição extremamente conservadora às pretensões legislativas e administrativas do Presidente Franklin Delano Roosevelt (New Deal) de combate à grande depressão econômica da década de 1930 nos Estados Unidos. Após a manifestação pública de alguns Justices de que as medidas de intervenção estatal na ordem econômica seriam “uma forma desarrazoada de retirada da propriedade sem o devido processo legal”, houve a apresentação de uma proposta de emenda à Constituição encaminhada pelo Presidente Roosevelt ao Congresso norte-americano para nomear mais um novo membro para cada membro com mais de 70 anos que houvesse na Suprema Corte. Essa medida de resistência do Executivo, através do *amending power*, em conjunto com a mudança de postura de vários dos Justices já presentes à Corte foram responsáveis pela ulterior declaração formal de constitucionalidade daquelas medidas sobre as quais já se tinha tornado públicas as posições pela sua inconstitucionalidade. Explicando muito bem esse episódio, veja-se RAMOS, João Gualberto Garcez. *Evolução histórica do princípio do devido processo legal*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. v. 46. 2007. p. 106. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32382/31600>> Acesso em: 05 out. 2010.

63 DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 328.

64 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 191.

65 SARMENTO, op. cit. p. 198.



#### 5.4 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS DECISÕES JUDICIAIS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Se não é mais admissível que se faça uma interpretação mecanicista da Constituição, também não será admissível que a interpretação político-jurídica da Constituição pelos juízes e Tribunais seja uma atividade essencialmente discricionária, pois elementos objetivos de interpretação apresentam-se como limites da interação entre os intérpretes e o Texto Constitucional e existem determinações constitucionais e processuais que impõem limites jurídicos ao exercício da função jurisdicional<sup>66</sup>.

Nesse âmbito, a observância do direito processual constitucional vigente desempenha função de enorme relevância à legitimação da jurisdição constitucional<sup>67</sup> à medida que o procedimento de tomada de qualquer decisão estatal deve ser conduzido de acordo com o direito processual vigente, pois, como um dos *modos normais de agir do Estado*, tem o processo a responsabilidade de influir nas decisões do Estado-juiz através da procedimentalização e da racionalização que lhes são inerentes<sup>68</sup>.

É por isso que o poder de prestar a jurisdição constitucional não outorga aos órgãos do Poder Judiciário qualquer afastamento não controlável e injustificável dos limites processuais que lhe são estabelecidos pela própria Constituição e pela legislação processual infraconstitucional que a complementa, já que, sob um Estado constitucional democrático de direito, é inconcebível imaginar que o juiz, impositor da eficácia constitucional, a ela não se submeta por descumprir os seus preceitos processuais, instalando assim o arbítrio no exercício de sua função jurisdicional.

Mesmo que todas as circunstâncias contemporâneas imponham ao juiz constitucional uma atuação criativa e compromissada com os

66 SARMENTO, op. cit. *Ubiquidade constitucional*. p. 198.

67 O processo, “[...] não pode ser visto apenas como uma relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia, e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar – pela participação –, deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima.” MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 401.

68 “A noção de democracia somente viria a desenvolver-se e aprofundar-se, mais adiante, quando se incorporaram à discussão ideias como fonte legítima do poder e representação política. Apenas quando já se avançava no século XX é que seriam completados os termos da complexa equação que traz como resultado o Estado democrático de direito: quem decide (fonte do poder), como decide (procedimento adequado) e o que pode e não pode ser decidido (conteúdo das obrigações negativas e positivas dos órgãos do poder)”. (grifei) BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 40

valores sociais normatizados pela Constituição, tal situação não o afasta da sua subordinação ao direito processual vigente<sup>69</sup>, visto que este se trata de uma imposição da própria Constituição para limitar a atuação do Poder Judiciário e impedir o trato meramente pessoal das questões constitucionais e legais a serem decididas pelo Poder Judiciário.

Exemplo categórico de tal delimitação processual-constitucional imposta aos nossos juízes e Tribunais é a plena fundamentação e a ampla publicidade que se deve conferir às decisões judiciais, tendo a determinação processual contida no art. 93, IX da CF/1988 a óbvia finalidade de tornar possível às partes, e a qualquer cidadão ou instituição, averiguar se a atuação jurisdicional detém racionalidade jurídica e se encontra suporte no ordenamento jurídico vigente<sup>70</sup>, o que, em grande medida, evita eventual atuação judicial arbitrária.

Essa exigência processual-constitucional de publicidade, racionalidade e fundamentação das decisões judiciais, como direito garantia fundamental de todo cidadão brasileiro, inegavelmente contribui para impedir que o Poder Judiciário possa proferir uma decisão única e exclusivamente baseada em critérios pessoais de justiça dos juízes, eis que objetiva despersonalização da decisão judicial<sup>71</sup> justamente para permitir

69 “[...]a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo” ou “[...] a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes. E dessa maneira poderia fazer até periclitara a igual realização do direito material, na medida em que a discricção do órgão judicial, quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional, implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito”. (grifei) ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo valorativo. *Revista de Processo* nº137. São Paulo: RT, 2007. p. 08-09.

70 “A obrigação de fundamentar as decisões judiciais constitui um verdadeiro factor de legitimação do poder jurisdicional, contribuindo para a congruência entre o exercício desse poder e a base sobre a qual repousa: o dever de dizer o direito no caso concreto (iuris dicere). E, nessa medida, é garantia de respeito pelos princípios da legalidade, da independência do juiz e da imparcialidade das suas decisões(...)” PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 680/1998. Rel. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza. 2ª. Seção. J. 02/12/1998. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980680.html>> Acesso em: 09 nov. 2010.

71 “[...] a motivação das decisões judiciais, garantia do Estado democrático de direito, exige a atenção às regras norteadoras das práticas argumentativas – presentes nos mais diversos aspectos da vida forense – sobretudo quando da justificação racional das decisões dos magistrados, sem a qual não podem estes funcionários do Estado agir de acordo com os princípios que legitimam a democracia.” (grifei) MAIA, Antônio Cavalcanti. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea. (Posfácio). p.281. In Margarida Maria Lacombe Camargo. *Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao Estudo do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

a controlabilidade jurídica e crítica da decisão pelas partes e pelos demais cidadãos interessados.

É exatamente por isso que a decisão judicial de questões constitucionais somente encontrará legitimidade democrática se observados os preceitos constitucionais que determinam a adoção de um procedimento judicial decisório público, racional e fundamentado que permita a sua controlabilidade posterior e a ampla participação dos demais intérpretes da Constituição, estabelecendo assim um “diálogo em torno da Constituição”<sup>72</sup> através do fomento de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”<sup>73</sup>.

## 6 NOTAS FINAIS

Á guisa de conclusão, importante ressaltar que nem mesmo a proteção de direitos fundamentais pode fundamentar a pretensão de que a jurisdição constitucional seja exercida sem controle democrático anterior, concomitante e posterior, pois o poder estatal, seja de qual natureza for, só pode ser exercido nos termos da Constituição e em prol dos interesses dos cidadãos.

Por isso, é recomendável – ou melhor, exigível – que o Poder Judiciário esteja atento a alguns nortes de atuação que mantenham a função jurisdicional sob parâmetros de legitimidade democrática desejáveis pela Constituição, e pelo direito vigente, cabendo-lhe, ao exercer o controle substantivo da Constituição, moderar-se e respeitar as decisões políticas produzidas pelo legislador, sem olvidar que, mesmo detentor do papel de co-criador do direito, não pode afastar-se da vinculação e/ou do pré-compromisso fixado pela Constituição enquanto espécie de norma jurídica suprema, sendo o limite da sua interpretação constitucional o próprio texto das disposições constitucionais positivadas.

Afinal, justamente porque reconhecida a importância da jurisdição constitucional, deverá o Poder Judiciário observar o equilíbrio institucional desejado pela Constituição, através do reconhecimento judicial de que os demais órgãos constitucionais – especialmente o Legislador – precisam de mecanismos de “resposta”

72 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.93.

73 HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes as Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

aos juízes constitucionais, já que de outro modo a instituição do controle judicial perde sua legitimidade.

Por fim, deve o Judiciário observar a normatização processual-constitucional que lhe é imposta, em especial a plena fundamentação e a ampla publicidade que se deve conferir às decisões judiciais, permitindo que às partes, e a qualquer cidadão ou instituição, seja possível averiguar a racionalidade e o acerto jurídico das decisões judiciais proferidas em nome da Constituição, permitindo, assim, uma jurisdição constitucional democrática, transparente e mais participativa.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira – situações e limites. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v.1. n.2. Porto Alegre, 2004.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de direito administrativo*, n. 217, jul./set. 1999. p. 65-66.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo valorativo. *Revista de Processo* n. 137, São Paulo: RT, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Palestra XIV Congresso Brasiliense de Direito Constitucional*. Brasília: 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia. In *Direitos humanos e democracia*. Clèmerson Merlin Clève et al. (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 277-293.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 5. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page\\_id=39](http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=39)> Acesso em : 01 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo

e do Judiciário. In *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)* n. 9, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, março/abril/maio, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgRg RE 433.806/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1ª. Turma. J. 08/03/2005. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 21 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. *Voto do Min. Nelson Jobim*. Inteiro teor. ADI 2223 – MC/DF. Rel. Min. Maurício Côrrea Plenário. j. 10/10/2002. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 21 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. *RCL 2986 MC/SE*. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão monocrática. j. 11/03/2005. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 21 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. *MS 30672 AgRg/DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. J. 15/09/2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 30 abr. 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011.

ELSTER, Jon. *Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução de Ulisses Liberto. São Paulo: Unesp, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. Isonomia n° 67. abr/1997. Disponível em : <[http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06\\_03.pdf](http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2011.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*.

Tradução de Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo* n. 135, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAIA, Antônio Cavalcanti. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea. (Posfácio). In Margarida Maria Lacombe Camargo. *Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao Estudo do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. O Supremo Tribunal Federal como “tribunal político”: observações acerca de um lugar comum do direito constitucional. In *Revista de Informação Legislativa* n.180. Brasília. a. 45. out./dez. 2008.

MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. Judicialização da política e crise do direito constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamental. *Revista de direito do Estado*, ano 3, n. 10, p. 125-142. abr./jun. 2008.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

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: Celso Bastos, 1998.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 680/1998. Rel. Maria dos Prazeres Pizarro Beza. 2ª. Seção. J. 02/12/1998. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980680.html>>. Acesso em: 09 nov. 2010.

PIRES, Thiago Magalhães. Crônicas do subdesenvolvimento: jurisdição constitucional e democracia no Brasil. *Revista de direito do Estado* n. 12, a.3. out./dez. 2008, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 46, 2007. p. 106. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32382/31600>> Acesso em: 05 nov. 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e a da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 226, out./dez.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. *O que é isto? Decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Palestra “Porque as reformas são uma traição à advocacia?”* na Semana do Advogado. OAB/ES. Vitória/ES, agosto de 2011.

TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade. In *Direitos humanos e democracia*. Clèmerson Merlin Clève et al. (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal após 1988: em direção a uma Corte Constitucional. In SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.) *15 anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 191-202.

VIEIRA, José Ribas. Quem diz com quem está o direito? *Jornal da UFRJ* n. 60, ano VI maio 2011.

VIEIRA, José Ribas et al. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In *Versus Acadêmica* n. 02, ano,1 .ago/2009. Disponível em:<<http://www.versus.ufrj.br>> Acesso em: 01 nov.2011.

VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. *Mudança paradigmática no controle constitucional concentrado e difuso provocada pelo experimentalismo institucional do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional n. 45/04*. Observatório de jurisdição constitucional. Brasília: IDP, ano 1, jan. 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. Supremocracia. *Revista de direito do Estado*. n. 12, a. 3, out./dez. 2008.



# A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

## *THE ERGA OMNES EFFECT IN DIFFUSE CONSTITUTIONAL REVIEW*

*Filipo Bruno Silva Amorim*

*Procurador Federal*

*Pós-graduado em Direito Constitucional pela UNISUL-IDP-LFG*

*Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo CEUB*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Emenda Constitucional nº 45/2004; 1.1 Da repercussão geral; 1.2 Da súmula vinculante; 2 Da *causa petendi* aberta; 3 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo estuda o fenômeno da objetivação do controle difuso/concreto da constitucionalidade. A objetivação do controle incidental de constitucionalidade confere eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a decisões tomadas em processos *inter partes*, ou seja, de caráter subjetivo, tendo se fortalecido no âmbito nacional posteriormente à Emenda Constitucional nº 45, com a introdução no nosso sistema das figuras da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante. Tais características proporcionam à decisão um alcance muito superior ao que inicialmente se pretendia conferir-lhe.

**PALAVRAS-CHAVE:** Objetivação. Controle Difuso. Constitucionalidade. Decisões. Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** This work approaches the relation between the phenomenon of objectivation of diffuse/concrete constitutional control. The objectivation of incidental control of constitutionality provides an *erga omnes* and vinculative effect to the decisions taken in *inter partes* cases, which have a subjective character. Its usage has grown stronger in the country after Constitution Amendment 45, which introduced in our system the legal instruments of “General Repercussion” and stare decisis. These characteristics give the decision a much wider reach than what it would initially have.

**KEYWORDS:** Objectivation. Control Diffuse. Constitutional. Decisions. Supreme Federal Court.

## INTRODUÇÃO

Ao passo da nossa evolução constitucional, sob uma perspectiva eminentemente histórica, o controle de constitucionalidade das leis mudou entre a completa inexistência (p. ex. Constituição de 1824), passando pela hegemonia do modelo americano do controle difuso (p. ex. Constituições de 1891 e 1934) e pela introdução, ainda que tímida, do modelo austríaco do controle concentrado (p. ex. Constituições de 1946, 1967 e EC nº 1 de 1969), até se chegar à Constituição Republicada de 1988, onde o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade pôde, de fato, dizer-se ambivalente.

Foi com a Constituição cidadã, na denominação conferida à Lei Fundamental de 1988 pelo Deputado Federal Ulisses Guimarães, que, muito embora mantido modelo misto (*concreto e abstrato*) de controle da constitucionalidade, o dito controle abstrato/concentrado ganhou força, superando definitivamente o controle concreto/difuso, antes dominante.

Tal fenômeno se deve (em breve resumo) principalmente à considerável ampliação dos legitimados ativos à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103, CF/88); à criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade por meio da Emenda Constitucional nº 3/1993 (art. 102, I, “a”, CF/88); da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º, CF/88); bem como, e por fim, através do desenvolvimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º, introduzido na CF/88 pela Emenda Constitucional nº 3/1993) que preencheu as lacunas existentes no modelo concentrado, permitindo a análise direta pelo Supremo Tribunal Federal de questões que antes somente poderiam ser discutidas por meio de Recursos Extraordinários: como a inconstitucionalidade de normas pré-constitucionais, controvérsia constitucional sobre normas já revogadas e a inconstitucionalidade de norma municipal em face da Constituição Federal.

Assim, fácil observar que o controle concentrado, antes de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República e restrito à declaração de inconstitucionalidade de normas estaduais e federais vigentes ao momento da propositura da demanda, foi enormemente ampliado com o advento da atual Lei Fundamental, alterada pelas Emendas Constitucionais nº 3/1993 e nº 45/2004.

Hodiernamente, pode-se dizer, o controle de constitucionalidade “trivial” é o controle concentrado ou abstrato, de competência da nossa

Corte Constitucional – que acumula também a função de última instância recursal do nosso país –, de caráter objetivo e que, por isso, possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sem a necessidade de suspensão da eficácia da norma pelo Senado, como dispõe o art. 52, X, da CF/88.

Neste diapasão de profunda primazia do controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADI<sup>o</sup>, ADC e ADPF) em relação ao controle difuso (Recurso Extraordinário) é que surgiu a tendência, hoje em fase de consolidação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da objetivação deste último, cambiando o seu caráter originário de ação (recurso) meramente subjetiva, para assumir a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Sobre o tema, convém lembrar a lição do Professor e Ministro Gilmar Ferreira Mendes, extraída do processo administrativo nº 318.751/STF, que culminou na edição da Emenda nº 12 (DJ de 17-12-2003) ao Regimento Interno do STF, *verbis*:

O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (verfassungsbeschwerde).

[...]

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.”<sup>1</sup>

Tal fenômeno, registre-se por oportuno, foi precedido por diversas causas – alterações legislativas –, dentre as quais se destaca o advento da Emenda Constitucional nº 45 que introduziu em nosso sistema as figuras da:

- a) Art. 102, § 3º: repercussão geral para admissão dos Recursos Extraordinários; e

1 MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 75-76.

## b) Art. 103-A: súmula vinculante.

Contudo, anteriormente à referida EC nº 45/2004 operaram-se alterações legislativas que contribuíram de modo relevante com a mencionada tendência à objetivação dos RREE, como são exemplos as alterações nos artigos 475, § 3º, 481, parágrafo único e 557, §1º-A, todos do Código de Processo Civil, operadas pelas Leis nº 9.756/98 e nº 10.352/01, que em última análise conferem efeito vinculante às decisões do STF, mesmo que proferidas em sede de controle difuso/concreto de constitucionalidade, senão vejamos (grifos nossos):

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

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

Art. 481. omissis

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 10-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998).

É mister situar topograficamente o leitor dentro do Código de Processo Civil, para uma melhor compreensão do que se está a falar:

o art. 475 está encartado no *Livro I – Do Processo de Conhecimento, Título VIII – Do Procedimento Ordinário, Capítulo VIII – Da Sentença e da Coisa Julgada, Seção II – Da Coisa Julgada*. Nessa Seção, o Código de Ritos normatiza a eficácia preclusiva máxima, que torna imutável e indiscutível uma sentença, a chamada coisa julgada.

Neste diapasão, informa o art. 475 que determinadas decisões não necessitam do impulso das partes para que sejam revistas pelo Tribunal *ad quem*. É o que se convencionou chamar de duplo grau de jurisdição obrigatório, ou remessa necessária.

Não se deve entender tal instituto como sendo mais um recurso. Absolutamente. O duplo grau obrigatório ou remessa necessária nada mais é do que uma condição suspensiva de eficácia da sentença, que só poderá operar seus efeitos após a apreciação da questão pelo Tribunal.

Tal instituto é próprio das decisões proferidas em desfavor da Fazenda Pública, e tem o claro objetivo de preservar o Erário, conferindo-lhe uma instância revisora obrigatória, de modo a garantir maior segurança quando da execução dos efeitos da sentença contra o Estado, ainda que o ente federativo, ou suas autarquias e fundações, se quedem inertes diante da decisão que lhes seja desfavorável. Nesses casos, em suma, há uma vedação legal ao trânsito em julgado da decisão em primeiro grau de jurisdição.

Todavia, tal condição suspensiva não opera efeitos quando a referida sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou súmula dessa Corte. Vê-se, portanto, que mesmo antes do ingresso da súmula vinculante no nosso Ordenamento Jurídico, as decisões plenárias do Supremo Tribunal Federal detinham, ainda que de forma mitigada, o poder de vincular as inferiores instâncias, uma vez que uma sentença proferida em consonância com o entendimento do STF, proclamado em plenário, não necessitaria ser submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório, podendo surtir desde já seus efeitos, caso a Administração não manejasse o competente recurso de apelação.

O art. 481, por sua vez, encontra-se inserido no *Livro I – Do Processo de Conhecimento, Título IX – Do Processo nos Tribunais, Capítulo II – Da declaração de Inconstitucionalidade*. Nesse Capítulo o Código de Ritos descreve o procedimento que deve pautar a declaração de inconstitucionalidade das normas nos Tribunais Pátrios. Dispõe que a turma ou a câmara, caso acolha a declaração de inconstitucionalidade

incidentalmente aduzida nos autos – o incidente de inconstitucionalidade pode ser suscitado por qualquer membro do órgão fracionário –, deverá suspender o julgamento da demanda e submetê-la ao Plenário ou Órgão Especial do respectivo Tribunal, para análise exclusiva da inconstitucionalidade ou não da norma indigitada.

Tal dispositivo se alicerça no art. 97 da Constituição, que normatiza: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

Assim, no que pertine à alteração legislativo operada no art. 481, parágrafo único acima transcrito, vê-se que os órgãos fracionários dos Tribunais não mais deverão submeter a questão acerca da inconstitucionalidade de determinada norma ao Plenário ou Órgão Especial da respectiva Corte, caso o Plenário do Supremo Tribunal Federal já tenha se pronunciado sobre do tema.

Tanto Theotônio Negrão e José Roberto F. Golvêa<sup>2</sup> quanto Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery<sup>3</sup> vêm nesse dispositivo, processualmente falando, uma clara *medida de economia processual*.

Neste sentido, é de se firmar que tal posicionamento/entendimento, normatizado pelo legislador reformador do Código de Processo Civil, já era adotado, ainda que por maioria, no STF mesmo antes da edição da Lei nº 9.756/98, como se vê pelo trecho do voto do Min. Ilmar Galvão abaixo reproduzido (grifos nossos):

De acordo com o art. 97 da Constituição Federal, “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

2 NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

3 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 8. ed. p. 902: “Quando o plenário do STF ou o plenário ou órgão especial do próprio tribunal, onde foi ou poderia ter sido suscitado o incidente, já tiverem se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei questionada, não há necessidade de o órgão fracionário (câmara, turma, câmaras reunidas, grupo de câmaras, seção etc.) remeter a questão ao julgamento do plenário ou órgão especial. Nesse caso, o órgão fracionário pode aplicar a decisão anterior do plenário do STF ou do próprio tribunal, que haja considerado constitucional ou inconstitucional a lei questionada. Trata-se de medida de economia processual.”

A razão de ser da norma, di-lo MARCLEO CAETANO, no trecho que se acha transcrito no voto do eminente Relator:

“a exigência de maioria qualificada para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo justifica-se pela preocupação de só permitir ao Poder Judiciário tal declaração quando o vício seja manifesto e, portanto, salte aos olhos de um grande número de julgadores experientes caso o órgão seja colegiado. Sendo atingida a majestade da lei a qual, em princípio, se beneficia da presunção de estar de acordo com a Constituição, é necessário que o julgamento resulte de um consenso apreciável e não brote de qualquer escassa maioria [...].”

Essa exigência, por outro lado, acautela contra uma futura variação de jurisprudência no mesmo Tribunal.”

Sendo assim é fora de dúvida que, declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei, pela maioria absoluta dos membros de certo Tribunal, soaria como verdadeiro despropósito, notadamente nos tempos atuais, quando se verifica, de maneira inusitada, a repetência desmesurada de causas versantes da mesma questão jurídica, vinculadas à interpretação da mesma norma, que, se exigisse, em cada recurso apreciado, a renovação da instância incidental da arguição de inconstitucionalidade, levando as sessões da Corte a uma monótona e interminável repetição de julgados da mesma natureza.

A prática, na verdade, se adotada, ainda teria a grave conseqüência de expor o Tribunal, sempre sujeito à variabilidade episódica ou definitiva de sua composição, a eventuais pronunciamentos contraditórios sobre a mesma lei, o que seria comprometedor para a segurança jurídica e desastroso para a imagem da Justiça.

Por isso mesmo é que jamais se teve por violador da norma do art. 97 da Constituição o fato de uma Turma invocar, no julgamento de uma apelação, a decisão tomada pela Corte em incidente de arguição de inconstitucionalidade processado em recurso análogo, dispensando-se, por essa forma, de suscitar novo incidente de inconstitucionalidade.

A difusão pacífica dessa rotina constitui demonstração de que a norma sob exame não deve ser interpretada de modo literal, não se podendo perder de vista, ao revés, que sendo ela corolário



do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, visa primordialmente a evitar que seja ele afetado por decisões que não traduzam a convicção do Tribunal, formada pela maioria expressiva de seus membros.

Se assim ocorre relativamente à declaração de inconstitucionalidade emanada do próprio Tribunal de origem, por maior razão não se poderá vislumbrar violação ao referido art. 97 da CF no fato de o órgão fracionário tomar, para suporte direto de seu julgamento, acórdão do Supremo Tribunal Federal que, apreciando recurso contra decisão plenária da Corte recorrida, em incidente de arguição de inconstitucionalidade, houver reformado esta.

Essa nova e salutar rotina que, aos poucos vai tomando corpo – de par com aquela anteriormente assinalada, fundamentada na esteira da orientação consagrada no art. 101 do RI/STF, onde está prescrito que “a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou a Plenário” – além de, por igual, não merecer a censura perfeita de ser afrontosa ao princípio insculpido no art. 97, da CF, está em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira.

Tudo, portanto, está a indicar que se está diante de norma que não deve ser apreciada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial<sup>4</sup>.

Observe-se a Ementa do julgado acima transcrito:

EMENTA: ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACÓRDÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO QUE, INVOCANDO DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MODIFICATIVA DE PRECEDENTE DO PLENÁRIO DA CORTE DE ORIGEM SOBRE A MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM CAUSA, JULGOU DE LOGO A APELAÇÃO, SEM

<sup>4</sup> STF – Primeira Turma – RE 190.728/SC – Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 30 de maio de 1997, decisão por maioria.

## RENOVAR A INSTÂNCIA INCIDENTAL DA ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

*Procedimento que, na esteira da orientação estabelecida no art. 101 do RI/STF, não pode ser tido por ofensivo ao art. 97 da Constituição Federal, posto que, além de prestigiar o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, nele consagrado, está em perfeita harmonia, não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, concorrendo, ademais, para a racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira.*

Recurso não conhecido.

Tal entendimento não discrepa do posicionamento também firmado pela Segunda Turma do STF, no julgamento do AgRg 168.149, da Relatoria do Min. Marco Aurélio, cuja ementa foi assim lavrada (grifos nossos):

INCONSTITUCIONALIDADE – INCIDENTE – DESLOCAMENTO DO PROCESSO PARA O ÓRGÃO ESPECIAL OU PARA O PLENO – DESNECESSIDADE. *Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República – o Supremo Tribunal Federal – descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo.<sup>5</sup>*

Contudo, não se pode resumir referida alteração tão-somente como sendo uma medida de economia processual, embora também o seja.

Com efeito, a nova redação do art. 481, parágrafo único denota um movimento, de certo modo já consolidado, na busca pela objetivação do controle de constitucionalidade difuso ou incidental.

<sup>5</sup> STF – Segunda Turma – AgRgAI 168.149/RS – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 04 de agosto de 1995, decisão unânime.

Ora, se uma decisão plenária do Supremo Tribunal Federal acerca da (in)constitucionalidade de determinada lei, em sede de Recurso Extraordinário, é apta a vincular as decisões dos demais Tribunais Pátrios a ponto de tornar desnecessário o encaminhamento da questão ao seu respectivo Plenário ou Órgão Especial, sem que isso implique em ofensa ao art. 97 da atual Constituição, não se pode chegar a conclusão diversa daquela que aponta para a consubstanciação de caráter objetivo a processo anteriormente meramente subjetivo.

Por fim, o art. 557, § 1º-A situa-se no mesmo *Livro I – Do Processo de Conhecimento*, mas no *Título X – Dos Recursos, Capítulo VII – Da Ordem dos Processos no Tribunal do Código de Ritos*. Este dispositivo, tal qual a norma anteriormente analisada, confere efeito vinculante às decisões plenárias ou súmulas do Supremo Tribunal Federal, ainda que não tratem de declaração de inconstitucionalidade. Assim, ampliam-se os limites do art. 481, parágrafo único, anteriormente comentado. Neste sentido, mister reproduzir-se lição dos Professores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>6</sup>, *verbis*:

No que se refere aos recursos especial e extraordinário, a Lei n. 8.038, de 1990, havia concedido ao relator a faculdade de negar seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente ou prejudicado, ou, ainda, que contrariasse súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. O Código de Processo Civil, por sua vez, em caráter ampliativo, incorporou disposição que autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, acrescentado pela Lei n. 9.756/98).

Tem-se, pois, que, com o advento dessa nova fórmula, passou-se a admitir não só a negativa de seguimento de recurso extraordinário, nas hipóteses referidas, mas também o provimento do aludido recurso nos casos de manifesto confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal, mediante decisão unipessoal do relator. Também aqui parece evidente que o legislador entendeu possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de

6 MENDES, Gilmar Ferreira ET AL., op cit, p. 1087-1088.

determinada lei federal, estadual ou municipal – hipótese que estaria submetida à intervenção do Senado –, quanto aos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal.

Ainda que a questão pudesse comportar outras leituras, é certo que o legislador ordinário, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental. Nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal tem estendido, com base no art. 557, caput, e § 1º-A, do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.”<sup>7</sup>

Destarte, incontestável a mudança de padrão que vem sofrendo o controle de constitucionalidade em sede de Recurso Extraordinário, eis que passa a externar características próprias e particulares do controle concentrado/abstrato.

Registre-se, por oportuno, que dita objetivação não se restringe aos RREE, absolutamente. Ao contrário, alcança todos os remédios jurídicos aptos a, concreta e incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de determinada norma.

Nesta esteira, importante precedente se encontra no julgamento do *habeas corpus* 82.959-7/SP<sup>8</sup>, que tratou da questão da progressão de

7 RE 228.844/SP, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 16-6-1999; RE 221.795, Rel. Nelson Jobim, DJ de 16-11-2000; RE 364.160, Rel. Ellen Gracie, DJ de 7-2-2003; AI 423.252, Rel. Carlos Velloso, DJ de 15-4-2003; RE 345.048, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 8-4-2003; RE 384.521, Rel. Celso de Mello, DJ de 30-5-2003. Referências extraídas de MENDES, Gilmar Ferreira ET AL., op cit, p.1088, nota 95.

8 STF – Plenário – HC 82.959/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 01 de setembro de 2006. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir o pedido de *habeas corpus* e declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso

regime nos casos de presos condenados por cometimento de crimes hediondos, na forma da Lei 8.072/90. Sua ementa foi assim redigida:

PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

No caso em tela, o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* do julgamento do STF foram postos em dúvida por ato do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Estado do Acre, que fez afixar no átrio do fórum a seguinte decisão:

Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral que a recente decisão Plenária do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do ‘Habeas Corpus’ n. 82.959, a qual declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que vedava a progressão de regime prisional (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), somente terá eficácia a favor de todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que estejam cumprindo pena, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de Resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, Constituição Federal.

---

de Mello e Nelson Jobim, Presidente. O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária evolui, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

Contra essa decisão (aviso afixado nas dependências do Fórum) a Defensoria Pública da União ajuizou Reclamação, que recebeu o nº 4.335, ante o descumprimento do acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido no *habeas corpus* acima referido. Tal medida ainda se encontra pendente de julgamento, todavia alguns votos já foram proferidos, consoante se observa dos Informativos do Supremo Tribunal Federal nº 454, de 1º e 2 de fevereiro de 2007 e nº 463<sup>9</sup>, de 25 desse mesmo ano, *in verbis* (grifos nossos):

Informativo nº 454:

O Tribunal iniciou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados apenas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. O Min. Gilmar Mendes, relator, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Preliminarmente, quanto ao cabimento da reclamação, o relator afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada. No ponto, afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Em seguida, entendeu ser necessário, para análise do tema, verificar se o instrumento da reclamação fora usado de acordo com sua destinação constitucional: garantir a autoridade das decisões do STF; e, depois, superada essa questão, examinar

9 Ambos os informativos foram extraídos do site do Supremo Tribunal Federal nos links: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm> <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>>

o argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia erga omnes da decisão no HC 82959/SP dependeria da expedição da resolução do Senado suspendendo a execução da lei (CF, art. 52, X). Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade.

Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau.

Informativo nº 463:

O Tribunal retomou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos - v. Informativo 454. *O Min. Eros Grau, em voto-vista, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, no sentido de que, pelo art. 52, X, da CF, ao Senado Federal, no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei.*

*Em divergência, o Min. Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, mas concedeu habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão. Reportando-se aos fundamentos de seu voto no RE 191896/PR (DJU de 29.8.97), em que se declarou dispensável a reserva de plenário nos outros tribunais quando já houvesse declaração de inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Supremo, ainda que na via do controle incidente, asseverou que não se poderia, a partir daí, reduzir-se o papel do Senado, que quase todos os textos constitucionais subsequentes a 1934 mantiveram. Ressaltou ser evidente que a convivência paralela, desde a EC 16/65, dos dois sistemas de controle tem levado a uma prevalência do controle concentrado, e que o mecanismo, no controle difuso, de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas afirmou que combatê-lo, por meio do que chamou de “projeto de decreto de mutação constitucional”, já não seria mais necessário. Aduziu, no ponto, que a EC 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante (CF, art. 103-A).*

*Por sua vez, o Min. Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas conheceu do pedido como habeas corpus e também o concedeu de ofício. Considerou que, apesar das razões expostas pelo relator, a suspensão da execução da lei pelo Senado não representaria obstáculo à ampla*



*efetividade das decisões do Supremo, mas complemento. Aduziu, de início, que as próprias circunstâncias do caso seriam esclarecedoras, pois o que suscitaria o interesse da reclamante não seria a omissão do Senado em dar ampla eficácia à decisão do STF, mas a insistência de um juiz em divergir da orientação da Corte enquanto não suspenso o ato pelo Senado. Em razão disso, afirmou que resolveria a questão o habeas corpus concedido liminarmente pelo relator.* Afirmou, também, na linha do que exposto pelo Min. Sepúlveda Pertence, a possibilidade de edição de súmula vinculante. Dessa forma, haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF. Afastou, ainda, a ocorrência da alegada mutação constitucional. Asseverou que, com a proposta do relator, ocorreria, pela via interpretativa, tão-somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão, e, que, ainda que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo. Por fim, enfatizou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição. Após, pediu vista dos autos o Min. Ricardo Lewandowski.

Vê-se, portanto, que muito embora hajam divergido quanto à natureza do art. 52, X da Constituição, os quatro Ministros que já se pronunciaram a respeito da matéria ou julgaram procedente a Reclamação, ou concederam de ofício a ordem de *habeas corpus*, demonstrando insofismavelmente que decisões tomadas pelo Plenário do STF, ao analisar abstratamente uma questão de controle de constitucionalidade, ainda que em um processo eminentemente subjetivo, como é o *habeas corpus*, vinculam as inferiores instâncias, de modo que, mesmo que não haja ocorrido a suspensão da norma pelo Senado, a referida decisão ultrapassará os limites subjetivos da causa, para alcançar a todos os que estejam em situação idêntica.

Aponte-se que o entendimento dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa mantém os precedentes da Corte quanto à desnecessidade da observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição), quando o Supremo Tribunal Federal já houver se pronunciado sobre o tema da (in)constitucionalidade da matéria em plenário. Orientação esta que, como dito, foi seguida pela Lei nº 9.756/98, que acrescentou o parágrafo único ao art. 481, do Código de Processo Civil.

Feitos esses registros, impende tecer alguns comentários no que concerne à Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

## 1 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

O constituinte reformado, por meio da EC nº 45/04, conformou a nossa Lei Fundamental à tendência da objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

Conforme breve menção feita anteriormente, foram introduzidos no ordenamento constitucional pátrio os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, os quais põe uma pá de cal nos argumentos dos que ainda resistem em aceitar a objetivação do controle de constitucionalidade em sede de ações que brotaram de anseios individuais, portanto com gênese eminentemente intersubjetiva.

Roga-se *vênia* para transcrever ambos os dispositivos introduzidos à Lei Fundamental pela reforma mencionada acima:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Passemos às suas análises individualizadas.

## 1.1 DA REPERCUSSÃO GERAL

O que vem a ser, então, a repercussão geral?

O Supremo Tribunal Federal detém a competência de, por meio do Recurso Extraordinário, verificar eventual ofensa à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância (art. 102, III, *a a d*, Constituição). Tal recurso foi introduzido no nosso Ordenamento Jurídico Constitucional na Constituição de 1891, que em seu art. 59, § 1º, *b* dispunha:

*Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:*

I - processar e julgar originária e privativamente:

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. (grifos nossos)

De lá para cá, o Supremo Tribunal Federal viu crescer espantosamente o número de Recursos Extraordinários interpostos ano a ano, mormente após a redemocratização operada com a Constituição de 1988. A título meramente ilustrativo informe-se que em 1980 o número de RREE protocolizados junto ao STF foi de 9.555 (nove mil, quinhentos e cinquenta e cinco), passando para 21.328 (vinte e um mil, trezentos e vinte e oito) com a redemocratização ocorrida em 1988, e tendo chegado em 2002 ao espantoso número de 160.453 (cento e sessenta mil, quatrocentos e cinquenta e três)<sup>10</sup>. Isto significa um surpreendente aumento de 1.679,25% (mil, seiscentos e setenta e nove vírgula vinte e cinco por cento) em pouco mais de 20 anos.

Evidentemente que o Supremo Tribunal Federal, a fim de manter o seu *status* de Corte Constitucional deveria criar mecanismos para impedir que causas estritamente individuais e de só menos importância chegassem à mais alta Corte do País. Caso contrário sua missão precípua de guardião da Constituição estaria fatalmente comprometida ante o fenômeno mundial da massificação das relações jurídicas<sup>11</sup>.

10 Fonte: *Relatórios Anuais, Secretaria de Informática e Secretaria de Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal*. extraído de MENDES, Gilmar Ferreira ET AL., op cit, p. 956-957.

11 Modernamente, é universal a compreensão de que tanto em Estados federais quanto em Estados unitários, de família romano-germânica ou anglo-saxã, é imprescindível a existência de um tribunal de cúpula, responsável pela manutenção da integridade do direito, mediante a uniformização da sua interpretação.

Ocorre que desde o início do século passado se notam nos tribunais de cúpula dos diversos países as conseqüências da massificação das relações jurídicas, gerada, fundamentalmente, pela revolução industrial. Como é natural, o incremento do número de relações jurídicas acarreta diretamente o aumento do número de demandas levadas ao Poder Judiciário, o que, combinado com o movimento mundial pelo acesso à justiça, deflagrado na segunda metade do século XX, vem contribuindo sobremaneira para o assoberbamento dos tribunais em todos os quadrantes do globo.

Diante desse fenômeno, as nações viram-se na contingência de adotar medidas que amenizassem os efeitos nocivos da sobrecarga de trabalho de suas cortes supremas. É difícil conceber, hoje em dia, algum país que não tenha adotado medidas para estabelecer filtros ao acesso de recursos a elas dirigidos. DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral: Perspectiva Histórica, Dogmática e de Direito Comparado: Questões Processuais*.

*Coleção Recursos no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 89-90.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Repercussão Geral nada mais é do que um novo requisito de admissibilidade recursal – exclusivo dos RREE – que visa, além de *diminuir* o número de Recursos Extraordinários com possibilidade de serem efetivamente julgados, de modo a viabilizar sua apreciação pelo STF, *selecionar* quais RREE serão apreciados pelos integrantes do Supremo Tribunal Federal.

Não se pode perder de vista a competência constitucionalmente conferida ao Supremo Tribunal Federal nem tão pouco deixar de enxergá-la sob o prisma da razoabilidade. A defesa da Constituição, portanto, não pode legitimar a admissibilidade de recursos cuja análise e julgamento não repercutam para além da esfera meramente individual da parte demandante.

De fato, muitas Cortes Constitucionais têm buscado mecanismos inibidores de causas repetitivas, bem como de racionalização qualitativa dos seus recursos, ou seja, uma triagem prévia da causa para aferir se a mesma “merece” ser apreciada por si.

Não é outro o caso da Suprema Corte Norte Americana e do seu *writ of certiorari*, que consiste em peça preliminar encaminhada pela parte aquele Tribunal, na qual se declina um resumo dos fatos e da relevância da discussão. Procede-se, portanto, uma análise prévia acerca do cabimento ou não do recurso que se pretende manejar à Suprema Corte Americana com base nos conceitos de *mootness* e de *ripeness*, ou seja, respectivamente, se a causa está suficientemente madura para ser conhecida por esse Tribunal, ou se se trata de questão meramente abstrata que não se perfectibilizaria na vida real, de modo a evitar-se o julgamento de casos eminentemente hipotéticos.

Com esse escopo foi introduzido na nossa Constituição o instituto da Repercussão Geral, cuja adoção deverá robustecer o caráter objetivo do Recurso Extraordinário.

No que toca especificamente à regulamentação do referido instituto, impõe-se a reprodução das normas a seguir elencadas:

Lei 11.418/06:

*Art. 2º A Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B:*

*Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.*

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

*Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.*

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei. (grifos nossos)

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF):

*Art. 322. O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo.*

*Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.*

*Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.*

§ 1º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

§ 2º *Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.*

Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (*vinte*) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.

Parágrafo único. *Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.*

Art. 325. O(A) Relator(a) juntará cópia das manifestações aos autos, quando não se tratar de processo informatizado, e, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso.

Parágrafo único. O teor da decisão preliminar sobre a existência da repercussão geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no Diário Oficial, com menção clara à matéria do recurso.

Art. 326. *Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do artigo 329.*

*Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão.*

§ 1º Igual competência exercerá o(a) Relator(a) sorteado(a), quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência.

§ 2º Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo.

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser



prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Art. 328-A. Nos casos previstos no art. 543-B, *caput*, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo.

*§ 1º Nos casos anteriores, o Tribunal de origem sobrestará os agravos de instrumento contra decisões que não tenham admitido os recursos extraordinários, julgando-os prejudicados nas hipóteses do art. 543-B, § 2º, e, quando coincidente o teor dos julgamentos, § 3º.*

*§ 2º Julgado o mérito do recurso extraordinário em sentido contrário ao dos acórdãos recorridos, o Tribunal de origem remeterá ao Supremo Tribunal Federal os agravos em que não se retratar.*

Art. 329. A Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito. (grifos nossos)

Pela leitura desses dispositivos, vê-se que a admissibilidade de todos os recursos idênticos ficará subordinada a análise de um ou alguns poucos RREE que subirão ao STF para que se examine a repercussão geral (543-A, *caput* e § 5º do CPC, 322, parágrafo único e 328, parágrafo único, do RISTF). Tal decisão é irrecorrível (art. 326, RISTF) e alcança, pois tomada sob um viés objetivo, todos os demais recursos que restaram sobrestados (art. 543-B, § 2º, do CPC e 328-A, § 1º do RISTF).

Anote-se que com a adoção da repercussão geral, o Recurso Extraordinário passou indiscutivelmente a ter caráter objetivo. Não

é mais o controle difuso/concreto de constitucionalidade que se queda objetivado, mas o próprio processo, o próprio recurso. É o que se extrai do art. 543-A, § 1º, do CPC e do art. 322, parágrafo único, do RISTF, ao disporem, ambos, que a repercussão geral consiste na existência de questões relevantes sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa ou das partes envolvidas no processo. Ora, se a discussão travada no RE para ser admitida perante o STF deve ultrapassar os interesses subjetivos envolvidos na demanda, claros parecem ser tanto a eficácia quanto o efeito que o Supremo Tribunal Federal pretende conferir ao julgado (*erga omnes* e vinculante).

Observa-se também, que a decisão meritória proferida em um ou alguns recursos extraordinários, de certo modo, condiciona/vincula o Tribunal *a quo*, que se vê meio que compelido, nos termos dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 543-B do Código de Ritos e §§ 1º e 2º do art. 328-A do RISTF, a adotar o posicionamento fixado pelo Pretório Excelso, ou seja: a) retratar-se, caso sua decisão tenha sido contrária à do STF, ou b) julgar prejudicados os demais RREE sobrestados, caso o STF tenha chancelado o posicionamento da inferior instância. Assim, a inconstitucionalidade ou constitucionalidade pronunciada em um único Recurso Extraordinário, em sede de controle incidental, pelo efeito irradiante operado pelos dispositivos reguladores da repercussão geral, de uma só vez, alcança diversos RREE, podendo vir a ter, ainda que por uma via oblíqua, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

## 1.2 DA SÚMULA VINCULANTE

No que concerne à súmula vinculante, de igual modo, introduzida no nosso Ordenamento Jurídico por obra da Emenda Constitucional nº 45/2004 e regulamentada pela Lei 11.417/2006, impende citar os seguintes dispositivos:

Constituição Federal de 1988:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual

e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Lei 11.417/2006 (grifos nossos):

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

[...]

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

[...]

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

Legítimo concluir-se que a súmula vinculante, muito embora a Lei não seja expressa a esse respeito, poderá ter origem nos julgamentos proferidos em RREE. Assim, a decisões tomadas em sede de controle incidental de constitucionalidade, a depender o teor da matéria discutida, poderão ser conferidos tanto eficácia *erga omnes* quanto efeito vinculante (como o próprio nome revela), já que há a possibilidade de elaboração de uma súmula vinculante a partir do referido julgado. A súmula vinculante nº 8 é exemplo clássico dessa afirmação: “*são inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência de crédito tributário.*” *Originária dos debates travados nos julgamentos dos RREE nºs 559.943-4, 559.882-9, 560.626-1 e 556.664-1.*

Nesse contexto, ganha força o entendimento pelo qual o inciso X do art. 52 da Constituição não confere eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões tomadas em controle de constitucionalidade incidental pelo Supremo Tribunal Federal, mas tão-somente detém a função de tornar pública a decisão, levando seu teor ao conhecimento de todos os cidadãos<sup>12</sup>.

## 2 DA CAUSA PETENDI ABERTA

A par das alterações legislativas acima apontadas, houve outra evolução (*ou melhor, o STF encontra-se em processo de evolução*), desta vez de entendimento, no que toca aos requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário, especificamente voltada ao prequestionamento.

No caso, o STF tem relativizado (ainda que de forma vacilante e com posicionamentos divergentes) a necessidade de a matéria já haver sido discutida pelas instâncias inferiores, de modo a permitir o seu conhecimento originariamente pela Corte, sob o argumento de

12 BITTENDOURT, Lúcio. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2008, 31. ed., p.584.

que a discussão acerca da constitucionalidade ou não de determinada norma deve ser travada de forma ampla – *causa petendi aberta*.

Tal entendimento foi defendido pela Ministra Ellen Gracie, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 375.011/RS, 05 de outubro de 2004, no qual Sua Excelência se manifestou expressamente sobre a transformação do recurso extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, e sob esse fundamento dispensou o requisito do prequestionamento para prestigiar o posicionamento do STF em matéria de controle de constitucionalidade. Assim lavrou-se a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO PELA LEI MUNICIPAL 7.428/94, ART. 7º, CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PLENO DO STF NO RE 251.238. APLICAÇÃO DESTA PRECEDENTE AOS CASOS ANÁLOGOS SUBMETIDOS À TURMA OU AO PLENÁRIO (ART. 101 DO RISTF).

*Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre – cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento –, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal.*

*Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal a quo da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o leading case.*

O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos *erga omnes*. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos

análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Agravo regimental provido. (grifos nossos)

Do corpo do voto, destaque-se:

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões.

Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional.

Registro também importante decisão tomada no RE 298.694, rel. Min. Pertence, por maioria, DJ 23/04/2004, quando o Plenário desta Casa, a par de alterar antiga orientação quanto ao juízo de admissibilidade e de mérito do apelo extremo interposto pela alínea “a” do permissivo constitucional, reconheceu a possibilidade de um recurso extraordinário ser julgado com base em fundamento diverso daquele em que se lastreou a Corte a quo.

Esses julgados, segundo entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra – em questões de direito – proferida por esta Casa. (grifos nossos)

Mais recentemente, acerca do tema, bastante elucidativo foi o pronunciamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento do RE 582.760/RS, o qual se passa a reproduzir, na parte que interessa, *in litteris*:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)  
- Senhores Ministros, acompanho a integralidade do voto da eminente Ministra Relatora. Faço-o tendo em vista inclusive as

novas premissas que tem assentado este Tribunal em matéria de recurso extraordinário.

Tal como já destaquei, o Tribunal não se tem, na verdade, atido a mais – e aí, diria eu, felizmente – àquela ortodoxia do recurso extraordinário apenas como matéria de caráter subjetivo, ou como elemento de defesa de caráter subjetivo. Pelo contrário, a partir de várias decisões, temos tido a manifestação do Tribunal no sentido de, especialmente quando se trata da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade, se manifestar, a despeito daquela manifestação não aproveitar o caso concreto. Cito, então, vários precedentes. Claro, alguns não se referem a recursos extraordinários, mas todos dizem respeito ao controle incidental de normas.

[...]

Nesta mesma linha – e aqui nós adentramos no terreno do RE -, no RE 102.553, da relatoria do Ministro Francisco Rezek, RTJ 120.725, o Tribunal assumiu de novo a condição de titular da guarda da Constituição para examinar a constitucionalidade de outras normas, ainda que isso não interessasse ao recorrente. Tratava-se da apreciação de uma resolução do Senado que versava matéria de alíquota do ICMS.

No caso, a terminologia adotada, o Tribunal conheceu do recurso extraordinário do contribuinte, negou-lhe provimento, declarando, porém, a inconstitucionalidade da resolução questionada.

[...]

*São inúmeros os casos em que o Tribunal tem se pronunciado no sentido de uma causa petendi aberta ao que leva a uma ruptura com a tendência de estrita subjetivação do recurso extraordinário.*

*Exatamente como Sua Excelência propõe.*

*A Corte tem admitido a possibilidade de conhecer do recurso extraordinário sem vincular-se à fundamentação do caso específico.*

Cito vários precedentes, como já mencionado: RE 298.694, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence; RE 172.058, da relatoria

do Ministro Marco Aurélio; RREE 416.827 e 388.830, ambos da minha relatoria.

De modo que, com esses fundamentos, acompanho na integralidade o voto da eminente Ministra relatora. E muitos desses precedentes se desenvolveram antes do advento da Emenda 45, de 2004. Hoje, essa objetivação é uma decorrência, embora o caso específico tenha singularidades, por que não houve aqui o reconhecimento da repercussão geral – isto foi assinalado por todos -, mas hoje é evidente que a objetivação do recurso extraordinário é um imperativo deste modelo de repercussão geral.

Deste modo, pedindo, claro, vênias a toda a maioria já formada, eu gostaria de relembrar essa doutrina do Tribunal a propósito do tema. Manifesto-me, claro, com todos os encômios, e integralmente me associo à manifestação de Sua Excelência a Ministra relatora. (grifos nossos)

Clara, portanto, a tendência pela superação do requisito do prequestionamento como necessário ao conhecimento do Recurso Extraordinário, justamente pela razão desde o início deste estudo declinada, a objetivação do controle difuso ou concreto de constitucionalidade.

### 3 CONCLUSÃO

Diante da mutação legislativa (tanto constitucional quanto infraconstitucional) acima indicada, entendemos por consolidado em nosso Ordenamento Jurídico o caráter objetivo conferido ao controle difuso ou concreto de constitucionalidade.

Tal estrada foi aberta com alterações pontuais no Código de Processo Civil (Lei nº 9.756/98 e Lei nº 10.352/01) e pavimentada por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, introdutora dos institutos da repercussão geral e da súmula vinculante.

A par disso, o recente posicionamento do STF vem flexibilizando o antes imprescindível prequestionamento para o Recurso Extraordinário, alicerçado no entendimento de que o controle de constitucionalidade deve ser feito com base no amplo conhecimento da matéria e não adstrito aos termos da discussão



travada no processo intersubjetivo. Introduce-se, deste modo, a figura da *causa petendi aberta* ampliando ainda mais as pistas da estrada da objetivação do controle difuso ou concreto de constitucionalidade.

Acreditamos que o caminho traçado seguiu por um rumo necessário e inevitável. A redemocratização trazida à tona pela Constituição de 1988 tendia a uma asfixia do próprio sistema por ela criado, um processo paradoxal de autofagia que levaria o sistema de controle da constitucionalidade, próprio do Supremo Tribunal Federal, ao colapso, uma vez que já não mais era possível digerir, em tempo hábil e com a segurança que se espera, o elevado número de RREE que chegavam diuturnamente àquela Corte Suprema.

Destarte, os fatos foram expostos (objetivação do controle difuso ou concreto de constitucionalidade), mas suas conseqüências ainda são incertas. Há implicações correlatas ao novel modelo que precisam ser amadurecidas em nosso Ordenamento Jurídico e assimiladas pela sociedade destinatária, tais como o pleno acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88), os princípios do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88), mitigados com dita objetivação do RE, bem como a participação do *amicus curiae* como figura legitimadora desse novo paradigma. Todavia, tais questionamentos não cabem nestas páginas, devendo ser objeto de outro estudo e de outro artigo jurídico.

## REFERÊNCIAS

DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral: Perspectiva Histórica, Dogmática e de Direito Comparado: Questões Processuais*. Coleção Recursos no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 119.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Atualizado por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes.

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

NEGRÃO, Theotônio, GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

# **O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA FISCAL E AS CONTRIBUIÇÕES DA SEGURIDADE SOCIAL PARA O CUSTEIO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS**

***THE PRINCIPLE OF FISCAL TRANSPARANCY AND THE SOCIAL  
SECURITY CONTRIBUTIONS FOR THE EXPENSES OF THE OWN  
REGIMEN OF THE SOCIAL SECURITY PROGRAM OF THE FEDERAL  
PUBLIC EMPLOYEES***

*Flávio Teles Filogônio*  
*Procurador Federal – PF/ES*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 As Contribuições Sociais para o custeio do RPPS e a Desvinculação de Receitas da União (DRU); 2 O Princípio da Transparência Fiscal e o Orçamento; 3 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** Este artigo científico trata do princípio da transparência fiscal em correlação com as contribuições sociais pagas por servidores públicos federais ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). Este princípio é implícito na CF de 1988, e permeia toda a legislação infraconstitucional, especialmente a Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), exigindo-se que a Administração Pública seja clara na feitura e na execução do orçamento. No entanto, aquele tributo é pago todos os meses, mas não se tem a certeza se realmente o produto de sua arrecadação é vinculado a uma despesa no RPPS, tal como preveem os artigos 149 e 167, XI, da CF. Por isto se propõe que a União faça a carimbação do tributo em questão, para que seja possível aos servidores-contribuintes e a toda a sociedade seguir toda a “trilha orçamentária” das contribuições sociais, desde o seu recolhimento até o pagamento da despesa. Certo é que os sindicatos e associações de classe de servidores públicos poderiam ajuizar ações civis públicas, após pesquisa com seus associados, para que se desse cumprimento ao princípio da transparência em relação a estas contribuições, já que este não resta atendido somente com os dados fornecidos pelos diversos sistemas disponíveis na Rede Mundial de Computadores. Após a carimbação, caso ficasse comprovada alguma trestinação, os servidores-contribuintes teriam como pedir a restituição do indébito tributário, tendo em vista o desvio de finalidade na despesa da contribuição, o que parece ser respaldado pelo que decidiu o STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.925, na qual a Suprema Corte fez uma interpretação conforme à CF da Lei nº 10.640/2003, a qual poderia dar ensejo à desvinculação das receitas da “CIDE-combustíveis”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da Transparência Fiscal. Contribuições Sociais para o RPPS. Arrecadação Vinculada. Rastreamento. Ação de Repetição de Indébito.

**ABSTRACT:** AThis scientific paper deals with the principle of fiscal transparency in connection with social security contributions paid by federal public employees to their Social Security Program (SSP). This principle is implicit in the Federal Constitution (FC) of 1988, and pervades the entire infra-constitutional legislation, especially the Complementary Law 101/2000 (Law of Fiscal Responsibility), requiring that the public administration is clear in the making and execution of the budget. However, that contribution is paid every month, but it's not really sure if the product of its revenue is tied to an expense in the RPPS, as provided in Articles 149 and 167, XI, FC. Therefore it is proposed that the Federal Government makes the tracking of the tribute in question,

so as to make it possible for their employees-tax-payers and society as a whole to follow the “track budget” of these social contributions, from its collection to the payment of the expense. Certainly, the

Unions and Associations of public employees could file civil suits, after survey of its members, so that it complied with the principle of transparency in relation to these contributions, since it not only remains satisfied with the data provided by the several systems available in the World Wide Web. After tracking, if proved some tredestination, federal public employees-tax-payers would have way to claim back the paid tax, as a consequence of the diverted spending purpose of the contribution, what seems to be supported by the Supreme Court decision in the Direct Action of Unconstitutionality n°. 2.925, at which the Supreme Court made an interpretation consistent with the Constitution of the Law n°. 10.640/2003, which could give rise to the decoupling of revenues from “contribution of intervention in domains of economy (CIDE)- on fuels”.

**KEYWORDS:** Principle of fiscal transparency. Social Contributions for the SSP. Collection Bounded to its Finality. Tracking. Action of Return of the Payment.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo científico abordará o tema do princípio da transparência fiscal e as contribuições da seguridade social para o custeio do regime próprio de previdência dos servidores públicos federais.

No primeiro capítulo é desvelada a natureza jurídica das contribuições em questão (arts. 149 e 195 da CF), as quais são de arrecadação vinculada (art. 167, XI, da CF). Mostra-se também o resultado do julgamento do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade n°s 3.105 e 3.128, nas quais se assentou a constitucionalidade das contribuições sociais sobre os proventos dos inativos e dos pensionistas; comenta-se a ADI 2.925, na qual o Pretório Excelso afirmou que uma leitura da Lei n° 10.640/2003 que desvinculasse as receitas provenientes da CIDE-Combustíveis seria inconstitucional; além da decisão pela repercussão geral da matéria discutida no Recurso Extraordinário 566.007, o qual discute acerca da desvinculação de receitas da União (DRU), conforme dispõe o artigo 76 do ADCT. Finalmente, responde-se positivamente a esta indagação: Em caso de tredestinação – disassociação entre a despesa realizada e

a receita com contribuições para a seguridade social dos servidores públicos federais – seria possível que os contribuintes repetissem o indébito do tributo pago?

No segundo capítulo será feita a abordagem normativa do princípio da transparência, mostrando-se, toda a sua abrangência, desde a Constituição Federal de 1988, passando pela Lei Complementar 101/2000, pela Lei 9.717/98, pela Lei 10.887/2004. Neste capítulo será respondida afirmativamente a esta pergunta: Com base no princípio da transparência fiscal, e pelas características do tributo em questão, existe o direito da sociedade e do servidor-contribuinte de saberem todo o “caminho orçamentário” das contribuições sociais pagas por este, para o custeio do RPPS? É feita esta assertiva: “a certeza da vinculação da receita das contribuições para a seguridade social para o custeio do RPPS só acontece após a realização da despesa prevista no orçamento.” Propõe-se, ademais, que seja adotado o seguinte procedimento administrativo: Que a receita proveniente das contribuições sociais para o RPPS seja “carimbada”, identificada por uma numeração, que poderia ser a matrícula SIAPE de cada servidor, acompanhada do mês e do ano, o que possibilitaria a aferição da ação orçamentária efetivada, do “produto” daquele determinado tributo arrecadado. Sugere-se, por fim, que as associações e sindicatos de classe dos servidores públicos ajuízem ações civis públicas para que se cumpra de forma plena o princípio da transparência fiscal.

## 1 AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PARA O CUSTEIO DO RPPS<sup>1</sup> E A DES-VINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO (DRU)

O arcabouço normativo das contribuições sociais<sup>2</sup>, tanto as destinadas ao Regime Geral de Previdência Social (COFINS, CSLL) como as destinadas ao RPPS, está descrito, na CF, em seus artigos 149 e 195 que dizem, respectivamente:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua

- 1 Um regime próprio de previdência social pressupõe, no mínimo, o pagamento de aposentadorias e pensões.
- 2 Além destas contribuições para a seguridade social existem duas outras espécies de contribuições sociais, a denominada residual, prevista no artigo 194, além das contribuições sociais gerais, quando destinadas a algum outro tipo de atuação da União na área social, conforme ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 75.

atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: 3

[omissis]

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)<sup>4</sup>

3 As fontes de receitas da seguridade social são descritas nos artigos 10 e 11 da Lei 8.212/91.

4 Para COELHO, Sacha C. N. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Inconstitucionalidade da Tributação dos Inativos e Pensionistas do Setor Público pela Previdência Social, mesmo após a Emenda Constitucional n. 41-03. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, v. 1, p. 367, as contribuições sociais incidentes sobre os proventos de aposentadoria e pensões seriam inconstitucionais por três motivos: 1º) o artigo 195, II, da CF não é regra de isenção, é regra de proibição geral de incidência; 2º) A isonomia, tendo conteúdo material exauriente, seria aplicada independentemente dos valores das pensões e dos proventos às situações fáticas subjacentes; e 3º) Admitir que a partir do limite de imunidade seria possível a contribuição dos inativos tem que ver com o princípio da capacidade contributiva, que se aplica aos impostos, e não às contribuições sociais). A despeito destas argumentações, o STF julgou constitucional a contribuição social dos inativos e pensionistas do RPPS em duas ações diretas de inconstitucionalidade: a nº 3105 e 3128, nesses termos: EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não

No plano infraconstitucional a espécie tributária em questão é disciplinada pelos artigos 4º a 6º da Lei 10.887/2004, nessas palavras:

Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social,

há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.

\*Decisão\*

- O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação em relação ao *caput* do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, e os Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Por unanimidade, o Tribunal julgou inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, pelo que aplica-se, então, à hipótese do artigo 4º da EC nº 41/2003 o § 18 do artigo 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma emenda constitucional. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Cezar Peluso. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.128*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3128%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3128%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> >. Acesso em: 15 nov. 2011.



será de 11% (onze por cento), incidente sobre a totalidade da base de contribuição. (Vide Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

§ 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

I - as diárias para viagens; II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede; III - a indenização de transporte; IV - o salário-família; V - o auxílio-alimentação; VI - o auxílio-creche; VII - as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho; VIII - a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança; e IX - o abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5o do art. 2o e o § 1o do art. 3o da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003.

§ 2º O servidor ocupante de cargo efetivo poderá optar pela inclusão na base de contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da Constituição Federal e art. 2o da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2o do art. 40 da Constituição Federal.

Art. 5º Os aposentados e os pensionistas de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, contribuirão com 11% (onze por cento), incidentes sobre o valor da parcela dos proventos de aposentadorias e pensões concedidas de acordo com os critérios estabelecidos no art. 40 da Constituição Federal e nos arts. 2o e 6o da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. (Vide Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Art. 6º Os aposentados e os pensionistas de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo desses benefícios na data de publicação da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, contribuirão com 11% (onze por cento), incidentes sobre a parcela dos proventos de aposentadorias

e pensões que supere 60% (sessenta por cento) do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. (Vide Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Parágrafo único. A contribuição de que trata o caput deste artigo incidirá sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas aos servidores e seus dependentes que tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios com base nos critérios da legislação vigente até 31 de dezembro de 2003.

Portanto, a base de cálculo está descrita no artigo 4º da Lei 10.887, e é o *caput* deste dispositivo que afirma que a contribuição social do servidor público ativo terá a alíquota de 11%, “incidente sobre a totalidade da base de contribuição”.<sup>5</sup>

Trata-se a contribuição da seguridade social de tributo cujo destino de sua arrecadação é vinculado, não se permitindo que seja desvinculado do pagamento dos benefícios previstos no RPPS.<sup>6</sup> Sobre esta vinculação, assim diz Alexandre: “São tributos de arrecadação vinculada aqueles em que a receita obtida deve ser destinada exclusivamente a determinadas atividades.”<sup>7</sup>

O regime próprio<sup>8</sup> é descrito no artigo 40 da CF, o qual afirma, no *caput*, que o regime é de caráter contributivo e solidário, nessas palavras:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

5 O recolhimento da contribuição é feito ao Tesouro Nacional, como dispõe o artigo 4º da Lei nº 8.688/93.

6 O artigo 167, XI, aplica-se também às contribuições sociais destinadas ao regime próprio de previdência social.

7 ALEXANDRE, op. cit., p. 91.

8 O Regime Próprio de Previdência tem outras fontes de receitas como a contribuição social patronal da União, mas neste artigo se tratará, especificamente, das contribuições sociais pagas pelos servidores públicos federais. A título de exemplo, as contribuições previstas da União ao RPPS, até 02/11/2011, eram de R\$ 15.100.801.027,00, valor bem superior à previsão de receitas advindas das contribuições pagas pelos servidores públicos federais, de acordo com o Portal da Transparência do Poder Executivo Federal.

A base de cálculo da aposentadoria são as remunerações utilizadas no pagamento das contribuições sociais para o custeio do RPPS, e é descrita no parágrafo terceiro assim:

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Já as contribuições sociais sobre os proventos de aposentadorias e pensões dos inativos estão previstas nos parágrafos 18 e 21, nesses termos:

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo<sup>9</sup> estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Todas as contribuições sociais pagas pelos servidores públicos federais<sup>10</sup>, repita-se, são de arrecadação vinculada. Segundo Coelho<sup>11</sup> as contribuições especiais interventivas, corporativas e sociais são todas marcadas por três características inarredáveis:

- são finalísticas, em razão de um fim constitucional predeterminado;

9 Atualmente o teto é de R\$ 3.691,74, de acordo com o art. 2º da Portaria Interministerial MPS/MF 407 de 2011.

10 Quando for dito “servidores públicos federais” entenda-se que são os estatutários civis, tanto os ativos como os inativos, sendo que estes são os aposentados e pensionistas.

11 COELHO, op. cit., p. 370-371.

- são sinalagmáticas;
- as receitas delas decorrentes são necessariamente afetadas a um órgão, fundo, programa ou despesa, ao contrário dos impostos (art. 167, IV, da CF/88), sendo vedada a tredestinação.

Sobre esta vinculação diz o artigo 8º, Parágrafo único da Lei Complementar 101 que: “Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”.<sup>12</sup>

Já o artigo 19 da Portaria 402/2008 afirma que: “As disponibilidades financeiras vinculadas ao RPPS serão depositadas e mantidas em contas bancárias separadas das demais disponibilidades do ente federativo.” Ocorre, todavia, que esta regra infralegal *não dá a certeza de que as contribuições sociais pagas realmente são despendidas com o pagamento de aposentadorias, pensões e outros benefícios previdenciários* dispostos na Lei nº 8.112/90, que são elementos de despesa previstos na Portaria Interministerial STN/SOF nº 163/2001, cujos artigos 3º, 6º e 7º dispõem, respectivamente, que:

Art. 3º A classificação da despesa, segundo a sua natureza, compõe-se de:

I - categoria econômica;

II - grupo de natureza da despesa;

III - elemento de despesa;

§ 1 A natureza da despesa será complementada pela informação gerencial denominada “modalidade de aplicação”, a qual tem por finalidade indicar se os recursos são aplicados diretamente por órgãos ou entidades no âmbito da mesma esfera de Governo ou por outro ente da Federação e suas respectivas entidades, e objetiva, precipuamente, possibilitar a eliminação da dupla contagem dos recursos transferidos ou descentralizados.

<sup>12</sup> São os chamados “restos a pagar” de exercícios anteriores.

§ 2º Entende-se por grupos de natureza de despesa a agregação de elementos de despesa que apresentam as mesmas características quanto ao objeto de gasto.

§ 3º O elemento de despesa tem por finalidade identificar os objetos de gasto, tais como vencimentos e vantagens fixas, juros, diárias, material de consumo, serviços de terceiros prestados sob qualquer forma, subvenções sociais, obras e instalações, equipamentos e material permanente, auxílios, amortização e outros de que a administração pública se serve para a consecução de seus fins.

§ 4º As classificações da despesa por categoria econômica, por grupo de natureza, por modalidade de aplicação e por elemento de despesa, e respectivos conceitos e/ou especificações, constam do Anexo II desta Portaria.

§ 5º É facultado o desdobramento suplementar dos elementos de despesa para atendimento das necessidades de escrituração contábil e controle da execução orçamentária. (negritou-se)

Art. 6º Na lei orçamentária, a discriminação da despesa, quanto à sua natureza, far-se-á, no mínimo, por categoria econômica, grupo de natureza de despesa e modalidade de aplicação.

Art. 7º A alocação dos créditos orçamentários na lei orçamentária anual deverá ser feita diretamente à unidade orçamentária<sup>13</sup> responsável pela execução das ações correspondentes, ficando vedada a consignação de recursos a título de transferência para unidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social.<sup>14</sup>

Com isto, surgiria uma pergunta, que é a seguinte: Em caso de tredestinação – disassociação entre a despesa realizada e a receita com

13 O acórdão nº 1040/2006 do TCU, ata 26/2006, Plenário, no tocante à vinculação das receitas vinculadas à seguridade social e às correspondentes unidades orçamentárias responsáveis pelo pagamento de benefícios previdenciários (são mais de sessenta e cinco!), determinou que:

16 Finalmente, quanto à inexistência de dispositivos legais ou infralegais que disponham de forma sistematizada acerca das receitas vinculadas à seguridade, entendo como oportuna e adequada a proposta da Semag no sentido de 'recomendar à Secretaria de Orçamento Federal que analise a *conveniência de publicação de Portaria específica acerca das receitas vinculadas à seguridade social, detalhando, inclusive, os órgãos e unidades orçamentárias considerados como integrantes dessa esfera orçamentária*'.

14 Ministério da Fazenda. Portaria Interministerial STN/SOF nº 163/2001. Disponível em: < [http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/Portaria\\_Interm\\_163\\_2001\\_Atualizada\\_2010\\_25ago2010.pdf](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/Portaria_Interm_163_2001_Atualizada_2010_25ago2010.pdf) >. Acesso em: 06 dez. 2011.

contribuições para a seguridade social dos servidores públicos federais – seria possível que os contribuintes repetissem o indébito do tributo pago?

Num primeiro momento pode ser que uma resposta apressada concluísse que não seria possível a repetição do indébito, já que:

A Previdência oficial básica foi moldada no sistema de repartição simples, ou seja, num sistema de regime de caixa, no qual as receitas (contribuições) são destinadas ao pagamento de despesas atuais (aposentados de hoje), não havendo formação de reserva ou de poupança individual<sup>15</sup>.

Ou seja, as contribuições sociais não formam uma poupança individual, já que pelo princípio da solidariedade entre gerações “toda a sociedade economicamente ativa e o Estado devem contribuir para o pagamento dos inativos de hoje.”<sup>16</sup>

Ocorre, no entanto, que apesar de não contribuir para o recebimento de seus próprios benefícios previdenciários, os servidores públicos federais que estão na ativa pagam contribuições sociais que são vinculadas a determinadas despesas<sup>17</sup> que devem ser feitas dentro do RPPS.

Se estas despesas não se realizarem ou forem as contribuições especiais desviadas de sua finalidade, o STF pode declarar a inconstitucionalidade ou realizar uma interpretação conforme da lei, o que já ocorreu na ADI 2.925, que tratava de impugnação à Lei 10.640/2003, que previa a abertura de crédito suplementar para finalidade diversa daquela prevista constitucionalmente para a CIDE – COMBUSTÍVEIS. Neste julgamento o STF assentou que:

PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA.  
Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos,

15 MEDINA, Damares. *A previdência social no contexto da seguridade social e da ordem social*. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25252/previdencia\\_social\\_contexto\\_seguridade.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25252/previdencia_social_contexto_seguridade.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 15 nov. 2011, p. 6.

16 Id., p. 6.

17 Segundo JUND, 2007, p. 175, as despesas públicas têm quatro estágios: a fixação, o empenho, a liquidação e o pagamento. Este é o último estágio.

em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL - CIDE - DESTINAÇÃO - ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II do citado parágrafo.<sup>18</sup>

Portanto, se num caso concreto, caso se constate uma tredestinação de receita vinculada, os contribuintes poderiam sim repetir o indébito do tributo pago, com espeque no artigo 149, § 1º, e no artigo 167, XI, (este inciso diz que “são vedados: XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201”) ambos da CF; além do disposto no artigo 8º, P. Ú. da Lei Complementar 101/2000, tanto mais em se tratando da contribuição social para o RPPS, a qual, diversamente de outras contribuições especiais, não permite a desvinculação de receitas da União (DRU).<sup>19</sup> Sobre o assunto, ressalte-se o que está previsto no artigo 50, *caput*, inciso II, e parágrafo segundo da Lei 12.309/2010<sup>20</sup>, que é a Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2011:

#### Das Diretrizes Específicas do Orçamento da Seguridade Social

Art. 50. O Orçamento da Seguridade Social compreenderá as dotações destinadas a atender às ações de saúde, previdência e assistência social, obedecerá ao disposto nos arts. 167, inciso XI, 194, 195, 196, 199, 200, 201, 203, 204, e 212, § 4º, da Constituição, e contará, entre outros, com recursos provenientes:

- 18 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.925*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2925%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2925%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 nov. 2011.
- 19 O desvio de finalidade do tributo em questão só seria verificável caso fosse feita a carimbação proposta abaixo, ou, na impossibilidade técnica desta, a criação de contas individuais.
- 20 BRASIL. *Lei de Diretrizes Orçamentárias nº 12.309/2010*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12309.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12309.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

I - das contribuições sociais previstas na Constituição, exceto a de que trata o art. 212, § 5º, e as destinadas por lei às despesas do Orçamento Fiscal; II - da contribuição para o plano de seguridade social do servidor, que será utilizada para despesas com encargos previdenciários da União; III - do Orçamento Fiscal; e IV - das demais receitas, inclusive próprias e vinculadas, de órgãos, fundos e entidades, cujas despesas integram, exclusivamente, o orçamento referido no *caput*.

§ 1º A destinação de recursos para atender a despesas com ações e serviços públicos de saúde e de assistência social obedecerá ao princípio da descentralização.

§ 2º Os recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, incisos I, alínea “a”, e II, da Constituição, no Projeto de Lei Orçamentária de 2011 e na respectiva Lei, não se sujeitarão à desvinculação e terão a destinação prevista no art. 167, inciso XI, da Constituição.

O orçamento<sup>21</sup> da Seguridade Social, que é apresentado juntamente ao orçamento fiscal, compreende os recursos da contribuição para o plano de seguridade social do servidor (inciso II), e tanto o *caput* quanto o parágrafo segundo, ambos remetem para o disposto no artigo 167, XI, da Constituição Federal, que proíbe a desvinculação de receitas.<sup>22</sup>

21 JUND, 2007, p. 65, define o orçamento assim: “Entendemos que o orçamento pode ser definido como um instrumento de planejamento da ação governamental, composto das despesas fixadas pelo Poder Legislativo, autorizando ao Poder Executivo realizá-las durante um exercício financeiro, mediante a arrecadação de receitas suficientes e previamente estimadas.” O orçamento é composto do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual.

22 Já a lei orçamentária anual (n. 12.381/2011) previu as despesas totais dos orçamentos da Seguridade Social e Fiscal da seguinte forma:

Art. 3º A despesa total fixada nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social é de R\$ 1.966.015.896.211,00 (um trilhão, novecentos e sessenta e seis bilhões, quinze milhões, oitocentos e noventa e seis mil e duzentos e onze reais), incluindo a relativa ao refinanciamento da dívida pública federal, interna e externa, em observância ao disposto no art. 5º, § 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, e no art. 73 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2011, na forma detalhada entre os órgãos orçamentários no Anexo II desta Lei e assim distribuída: I - Orçamento Fiscal: R\$ 767.456.627.017,00 (setecentos e sessenta e sete bilhões, quatrocentos e cinquenta e seis milhões, seiscentos e vinte e sete mil e dezessete reais), excluídas as despesas de que trata o inciso III deste artigo; II - Orçamento da Seguridade Social: R\$ 520.044.590.932,00 (quinhentos e vinte bilhões, quarenta e quatro milhões, quinhentos e noventa mil e novecentos e trinta e dois reais); e III - Refinanciamento da dívida pública federal: R\$ 678.514.678.262,00 (seiscentos e setenta e oito bilhões, quinhentos e quatorze milhões, seiscentos e setenta e oito mil e duzentos e sessenta e dois reais). Parágrafo único. Do montante fixado no inciso II deste artigo, a parcela de R\$ 44.076.875.330,00 (quarenta e quatro bilhões, setenta e seis



De fato, não haveria o menor sentido em se desvincular as receitas das contribuições sociais vertidas ao RPPS, já que este regime, na União, é deficitário.<sup>23</sup> A União tem que fazer contribuições ditas patronais

(milhões, oitocentos e setenta e cinco mil e trezentos e trinta reais) será custeada com recursos do Orçamento Fiscal.

23 Sobre este déficit, diz o acórdão 1406/2011, ata 20/2011, Plenário:

Resultado do Regime Próprio de Previdência dos Servidores - RPPS

O Regime Próprio de Previdência dos Servidores - RPPS encontra-se regulado por dispositivos constitucionais e legais fixados, entre outras, pelas Emendas Constitucionais 3, 20 e 41 e pelas Leis 8.112/1990, 8.212/1991 e 9.717/1998.

No exercício de 2010, o fluxo de caixa do RPPS apresentou resultado negativo de R\$ 51,2 bilhões, obtido a partir da comparação entre a arrecadação líquida de R\$ 22,7 bilhões, incluída a receita intra-orçamentária Contribuição Patronal de Servidor Ativo Civil e a despesa com benefícios previdenciários no valor de R\$ 73,9 bilhões, conforme mostrado no quadro a seguir. Receitas e despesas previdenciárias do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos - RPPS.

2009 2010 %

1. Receitas Previdenciárias - RPPS 20.192 22.677 12,30%

1.1 Receitas Previdenciárias - RPPS - Exceto Intra-orçamentárias 9.278 10.470 12,85%

1.1.1 Receitas Correntes - Receitas de Contribuições 9.278 10.470 12,85%

1.1.1.1 Pessoal Civil 7.596 8.601 13,22%

Contribuição Patronal Ativo Civil 38 28 -26,78%

Contribuição de Servidor Ativo Civil 5.723 6.486 13,32%

Contribuição de Servidor Inativo Civil 1.369 1.566 14,38%

Contribuição de Pensionista Civil 466 521 11,94%

1.1.1.2 Pessoal Militar<sup>2</sup> 1.681 1.869 11,17%

Contribuição para Custeio das Pensões Militares 1.681 1.869 11,17%

1.2 Receitas Previdenciárias - RPPS - Intra-orçamentárias 10.914 12.207 11,84%

2. Despesas Previdenciárias 67.207 73.922 9,99%

2.1 Despesas Previdenciárias - RPPS - Exceto Intra-orçamentárias 67.206 73.917 9,99%

2.1.1 Previdência Social - Pessoal e Encargos Sociais 67.206 73.917 9,99%

2.1.1.1 Pessoal Civil 46.564 52.522 12,80%

Aposentadorias 28.761 32.836 14,17%

Pensões 15.334 17.566 14,56%

Outros Benefícios Previdenciários 2.469 2.120 -14,14%

2.1.1.2 Pessoal Militar 20.642 21.396 3,65%

Reformas 11.567 12.091 4,53%

Pensões 9.013 9.213 2,23%

Outros Benefícios Previdenciários 63 92 46,04%

2.1.1.3 A detalhar 0 0 -

2.2 Despesas Previdenciárias - RPPS - Intra-orçamentárias 1 5 285,21%

3. Resultado Previdenciário (47.014,9) (51.245,8) 9,00%

3.1 Pessoal Civil (28.052,7) (31.719,3) 13,07%

3.2 Pessoal Militar (18.960,9) (19.526,5) 2,98%

Fonte: Relatório Resumido da Execução Orçamentária de 2009 e 2010

<sup>1</sup> Dados não Auditados

<sup>2</sup> Não há contribuição patronal para o pessoal militar.

Quando comparado com os valores do ano anterior, o resultado negativo do RPPS relacionado ao pessoal civil aumentou 13,0 %, atingindo o montante de R\$ 31,7 bilhões. No âmbito do pessoal militar, o resultado negativo aumentou 2,9%, com o montante de R\$ 19,5 bilhões, sendo que para

para cobrir o déficit do RPPS, conforme o parágrafo único do artigo 8º da Lei 10.887/2004. Segundo o *caput* deste mesmo artigo o valor da contribuição da União deve ser o dobro da do servidor ativo.

Sobre a possibilidade ou não da desvinculação das receitas da União prevista no artigo 76 do ADCT, mais especificamente das contribuições sociais do PIS, da COFINS e da CSLL, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 566.007 decidiu que a questão tem repercussão geral, nesses termos:

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 76 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, COM AS ALTERAÇÕES FEITAS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 27/2000 E 42/2003. Direito à repetição de indébito tributário proporcional ao percentual da desvinculação das**

o pessoal militar não há contribuição patronal. As despesas com pessoal abrangeram 2.061.431 servidores ativos, inativos e pensionistas, sendo 69,65% servidores civis e 30,35% militares, segundo os dados divulgados pela Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão no Boletim Estatístico de Pessoal, publicado em janeiro de 2011. Desse total de servidores, os aposentados e pensionistas representam 46,07%, compreendendo 543.722 aposentados e 406.126 pensionistas, apontando para um desequilíbrio entre a quantidade de ativos e a de inativos e pensionistas, o que afeta fortemente o equilíbrio financeiro do RPPS. O déficit do RPPS decorre também das alterações promovidas pela Constituição Federal de 1988, a partir da qual aproximadamente 650 mil servidores celetistas foram transformados em estatutários, com direito a aposentadoria integral, sem a devida contribuição previdenciária ou compensação entre os regimes previdenciários, e pela excessiva generosidade das regras de aposentadoria existentes antes da Emenda Constitucional 20, de 1998, que estabeleceu, entre outras regras, idade mínima para aposentadoria na regra geral e, na regra de transição, exigiu tempo de serviço público e no cargo público para aposentadoria e vedou a contagem de tempo fictício e a promoção e incorporações na aposentadoria.

Ações de Controle Externo

Ao longo do exercício de 2010, o Tribunal de Contas da União realizou auditoria com o objetivo de examinar consistência e legalidade das receitas e despesas que têm sido incluídas na apuração dos resultados dos três regimes de previdência pública da União. Esse trabalho foi objeto do processo TC 015.529/2010-0 e ainda não foi apreciado pelo plenário deste Tribunal. O exame das despesas e receitas do RPPS nos últimos anos indicou que o regime vem apresentando déficits reiterados. As projeções atuariais incluídas nos Projetos de Lei de Diretrizes Orçamentárias - PLDO, por sua vez, estimam que esse déficit aumentará até 2035, e depois decrescerá sistematicamente até 2103, quando o regime atingirá equilíbrio. Essas projeções se baseiam na premissa de que não haverá reposição de servidores sob as regras atuais, pois os novos servidores seriam contratados com base nas regras que vigorarão após a criação do fundo do regime próprio e da previdência complementar dos servidores civis, como estabelece a Constituição Federal. Quanto aos procedimentos de apuração e dos demonstrativos referentes aos resultados dos regimes dos servidores, a auditoria detectou diversas imperfeições que prejudicam a exatidão e transparência das informações.

receitas da União permitido pelas Emendas Constitucionais 27/2000 e 42/2003. Repercussão geral reconhecida.

Decisão: O Tribunal, por ausência de manifestações suficientes para a recusa do recurso extraordinário (art. 324, parágrafo único, do RISTF), reputou existente a repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestou o Ministro Joaquim Barbosa, tendo-se manifestado pela recusa do recurso extraordinário os Ministros Cármen Lúcia, Celso de Mello, Cezar Peluso, Dias Toffoli, Ellen Gracie, Eros Grau e Ricardo Lewandowski e pelo reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada os Ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora.<sup>24</sup>

Com isto, o Pretório Excelso decidirá o mérito do recurso extraordinário, para dizer se existe ou não o direito à repetição do indébito de 20% das receitas auferidas pela União com aquelas contribuições sociais que, segundo o recurso, seriam desnaturadas pela desvinculação, tornando-se, em verdade, impostos.

Se o STF julgar pelo direito à repetição do indébito, certamente as razões de decidir serão aplicáveis às contribuições sociais para o custeio do RPPS que, assim como aquelas outras, são de arrecadação vinculada. Por outro lado, caso o STF decida que não existe o direito à repetição, não se refletiria sobre as contribuições de que trata este artigo, já que estas não se sujeitam à DRU.

## 2 O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA FISCAL E O ORÇAMENTO

O principal intuito deste artigo será responder à seguinte indagação: Com base no princípio da transparência fiscal, e pelas características do tributo em questão, existe o direito da sociedade e do servidor-contribuinte de saberem todo o “caminho orçamentário” das contribuições sociais pagas por este, para o custeio do RPPS?

Todos os meses os servidores públicos federais detentores de cargos efetivos e vitalícios sofrem descontos em seus contracheques referentes a um tributo chamado de contribuição de seguridade social, o qual tem o destino de sua arrecadação vinculado ao pagamento de

24 Ibid., *Recurso Extraordinário nº 566.007*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+566007%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+566007%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

benefícios previdenciários dentro do Regime Próprio de Previdência dos Servidores (RPPS). O tributo é descontado, mas não se tem a certeza de sua destinação. Supõe-se que sirva para o pagamento, principalmente, de aposentadorias e pensões no RPPS, mas os servidores que o pagam não têm como averiguar se realmente a contribuição de seguridade social obedece à vinculação para a qual se destina, como dispõem os artigos 149; 167, XI; e 195 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF).<sup>25</sup>

Este quadro deve ser alterado, já que com base no princípio da transparência fiscal e em virtude da vinculação da receita daquele tributo deve ser possível aos contribuintes e a toda a sociedade fazer o acompanhamento de toda a “trilha orçamentária” do tributo, o seu caminho, desde o ingresso da receita tributária no orçamento, até a efetiva realização da despesa, com o pagamento desta.

Hoje em dia o princípio da transparência fiscal está a exigir da Administração Pública que toda a sociedade e os contribuintes em especial possam verificar qual foi a destinação dada a determinado

25 Não se ignora que o Tribunal de Contas da União faz o controle da vinculação destes tributos, mas não da forma inovadora como a que se propõe neste trabalho. A título exemplificativo, veja-se o que decidiu o TCU no acórdão 2208/10, ata 32/2010, Plenário:

9.4. determinar à Secretaria do Tesouro Nacional - STN que:

9.4.1. adote as medidas necessárias par a evitar que eventuais despesas com aposentadorias e pensões do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mantidos na forma do artigo 40 da Constituição e Lei nº 9.717, de 1998, sejam lançadas como “Outras Despesas Correntes”, cuja previsão no âmbito da Portaria Interministerial nº 163, de 2001, observada sistemática vigente, deve-se restringir às aposentadorias, às pensões e demais benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), previsto no artigo 201 da Constituição a cargo da União, que detém a competência exclusiva de organizá-lo e mantê-lo, o que se faz por meio do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Disponível em:< <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: 06 dez. 2011.

Outro acórdão relevante é o de nº 1040 de 2006, ata 26/2006, Plenário, no qual ficou consignado que: Face ao exposto, acreditamos adequada sugestão à Secretaria de Orçamento Federal no sentido de analisar a pertinência de publicação de portaria especificando as receitas vinculadas à seguridade social, a qual serviria como parâmetro para os órgãos intervenientes no processo orçamentário (SOF e Congresso Nacional), ou para aqueles responsáveis pela sua contabilização (STN).

5.8. É importante registrar que a referida portaria, a exemplo do que foi consignado na Nota SOF, não teria o condão de criar vínculos entre a receita e a esfera orçamentária. Tal vinculação só pode ser expressa por lei ou pela própria Constituição. A Portaria apenas sistematizaria os vínculos hoje existentes face à legislação vigente.

5.9. Independente da publicação da citada portaria, entretanto, é importante ressaltar que a Secretaria de Orçamento Federal, assim como a Secretaria do Tesouro Nacional estão obrigadas a observar a legislação que determina a vinculação de receitas à esfera seguridade social, ao publicar seus demonstrativos ou ao disponibilizar dados no SIAFI.

A portaria que veio a ser posteriormente criada foi a SOF nº 28/2008, também por força do acórdão 393/2008.

tributo que tenham pago, pelo menos no que tange aos tributos diretos.<sup>26</sup> Certamente a tecnologia disponível já é suficientemente avançada para aperfeiçoar um sistema de monitoramento de todos os tributos existentes, desde o seu recolhimento ao orçamento até o pagamento da despesa. Sabe-se que alguns tributos como os impostos não têm a sua arrecadação vinculada a alguma despesa, mas isto não impediria que se soubesse a destinação que lhes se dão.

Mas que princípio é este de que se trata?

Motta assim define o princípio da transparência:

As idéias de publicidade e transparência parecem ser complementares. A partir da acepção comum das palavras, pode-se entender a *publicidade* como característica do que é público, conhecido, não mantido secreto. *Transparência*, ao seu turno, é atributo do que é transparente, límpido, cristalino, visível; é o que se deixa perpassar pela luz e ver nitidamente o que está por trás. Os atos administrativos, impõe a conclusão, devem ser públicos e transparentes — públicos porque devem ser levados a conhecimento dos interessados por meio dos instrumentos legalmente previstos (citação, publicação, comunicação, etc.); transparentes porque devem permitir enxergar

26 Por fim, dignos de nota também foram os acórdãos nº 1665/08, ata 32/2008, Plenário, e o nº 1316/09, ata 24/2009, Plenário, nos quais se discutia o estabelecimento de procedimentos acerca do recolhimento e registro contábil da contribuição previdenciária patronal e dos servidores da segurança pública, custeados com recursos do Fundo Constitucional do Distrito Federal (FCDF), instituído pela lei n. 10.633/2002. Neste último o TCU decidiu que:

14. Com base nessas razões e no que estabelece expressamente o § 1º do art. 149 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda nº 41/2003, reitero o meu entendimento de *que é do Distrito Federal a titularidade da contribuição previdenciária dos seus servidores, em especial os da Polícia Civil, os da Polícia Militar e os do Corpo de Bombeiros Militar*, mantidos pela União nos termos do inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal, e a respectiva cota patronal. Inexiste, portanto, enriquecimento sem causa por parte do Distrito Federal.

15. Da mesma forma, creio que os *agentes das multicitadas instituições NÃO integram o regime próprio dos servidores da União* por terem seu regime jurídico estabelecido em lei federal. O art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.717/1998 faz essa distinção, ao dispor sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos *regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos militares dos Estados e do Distrito Federal*.

No âmbito da Controladoria-Geral da União existe até o denominado "Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção", que é presidido pelo Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União (antes designado Ministro de Estado do Controle e da Transparência), Jorge Hage Sobrinho, e tem o objetivo de: "sugerir e debater medidas de aperfeiçoamento dos métodos e sistemas de controle e incremento da transparência na gestão da administração pública e estratégias de combate à corrupção e à impunidade," de acordo com notícia extraída do sítio:< <http://www.cgu.gov.br/ConselhoTransparencia/>>. Acesso em: 07 dez. 2011.

com clareza seu conteúdo e todos os elementos de sua composição, inclusive o motivo e a finalidade, para que seja possível efetivar seu controle.<sup>27</sup>

E continua o mesmo autor:

O princípio da transparência ou clareza foi estabelecido pela Constituição de 1988 como pedra de toque do Direito Financeiro. Poderia ser considerado mesmo um princípio constitucional vinculado à idéia de segurança orçamentária. Nesse sentido, a idéia de transparência possui a importante função de fornecer subsídios para o debate acerca das finanças públicas, o que permite uma maior fiscalização das contas públicas por parte dos órgãos competentes e, mais amplamente, da própria sociedade. A busca pela transparência é também a busca pela legitimidade.<sup>28</sup>

Segundo Torres<sup>29</sup> o princípio da transparência conduz a uma maior necessidade de clareza e abertura, tanto na legislação tributária, como na realização do orçamento e no controle deste, nessas palavras: “O Estado, por seu turno, deve revestir a sua atividade financeira da maior clareza e abertura, tanto na legislação instituidora de impostos,

27 Por fim, dignos de nota também foram os acórdãos nº 1665/08, ata 32/2008, Plenário, e o nº 1316/09, ata 24/2009, Plenário, nos quais se discutia o estabelecimento de procedimentos acerca do recolhimento e registro contábil da contribuição previdenciária patronal e dos servidores da segurança pública, custeados com recursos do Fundo Constitucional do Distrito Federal (FCDF), instituído pela lei nº 10.633/2002. Neste último o TCU decidiu que:

14. Com base nessas razões e no que estabelece expressamente o § 1º do art. 149 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda nº 41/2003, reitero o meu entendimento de que é do Distrito Federal a titularidade da contribuição previdenciária dos seus servidores, em especial os da Polícia Civil, os da Polícia Militar e os do Corpo de Bombeiros Militar, mantidos pela União nos termos do inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal, e a respectiva cota patronal. Inexiste, portanto, enriquecimento sem causa por parte do Distrito Federal.

15. Da mesma forma, creio que os agentes das multicitadas instituições NÃO integram o regime próprio dos servidores da União por terem seu regime jurídico estabelecido em lei federal. O art. 1º, caput, da Lei nº 9.717/1998 faz essa distinção, ao dispor sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos militares dos Estados e do Distrito Federal.

MOTTA, Fabrício. *Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil*. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-14-ABRIL-2008-FABRICIO%20MOTTA.PDF> >. Acesso em: 06 dez. 2011. p. 7.

28 Id., p. 8.

29 TORRES, Ricardo L. *O princípio da transparência no direito financeiro*. Disponível em: < [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=162](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=162) >. Acesso em: 15 nov. 2011. p. 3.

taxas, contribuições e empréstimos como na feitura do orçamento e no controle da sua execução.”

Para Torres: “O princípio da transparência fiscal, embora não proclamado explicitamente na Constituição, impregna todos os outros princípios constitucionais e se irradia inclusive para o campo da elaboração das normas infraconstitucionais.<sup>30</sup>”

Este princípio é conexo ao da publicidade, disposto no artigo 37, *caput*, da CF. A maior parte dos atos da Administração Pública deve se revestir da publicidade. O sigilo é exceção à regra. O que se torna público deve ser transparente, claro, mas não é o que ocorre em matéria tributária. Um contribuinte paga um tributo, mas não sabe onde aquele determinado tributo é gasto. E a transparência demanda que toda a sociedade saiba exatamente qual foi a despesa realizada com aquele específico tributo arrecadado. Será que este princípio resta plenamente atendido com a divulgação no sítio do Portal da Transparência do Poder Executivo Federal (criado por força do Decreto nº 5.482/2005) das informações atualizadas sobre as receitas e despesas do RPSS<sup>31</sup>; do relatório resumido bimestral da execução orçamentária, este previsto no artigo 165, § 3º, da CF e no artigo 52 da LC 101, disponibilizado no sítio da Secretaria de Orçamento Federal (SOF); do Relatório de Gestão Fiscal (art.55, §2º, da LC 101); do SIGA BRASIL, disponível no sítio do Senado Federal?<sup>32</sup>

Crê-se que seja insuficiente se ter acesso tão-somente a um relatório resumido bimestral da execução orçamentária, ao relatório de gestão fiscal, ou às informações constantes do Portal da Transparência do Poder Executivo Federal ou do SIGA BRASIL, referentes aos valores

30 Id., p. 2.

31 Em consulta realizada no Portal detectou-se que, até 02/11/2011, a previsão atualizada de receitas com contribuições sociais, no exercício de 2011, era de R\$ 9.736.552.820,00; e a receita realizada era de R\$ 6.545.904,44, ou seja, 67,23% de tudo que era previsto. O código da espécie de fonte de receita é o 56, que é, justamente, “Contribuição do Servidor Ativo Civil para o Regime Próprio.” A “contribuição patronal de servidor ativo civil para o Regime Próprio” leva o código 69, de acordo com o Manual Técnico de Orçamento da União 2012. Disponível em: < [https://www.portalsof.planejamento.gov.br/bib/MT0/MTO\\_2012.pdf](https://www.portalsof.planejamento.gov.br/bib/MT0/MTO_2012.pdf)>. Acesso em: 07 dez. 2011.

32 SENADO FEDERAL. *Siga Brasil*. Disponível em: < <http://www8a.senado.gov.br/InfoViewApp/listing/main.do?appKind=InfoView&service=%2FInfoViewApp%2Fcommon%2FappService.do>>. Acesso em: 06 dez. 2011. Na função “Previdência Social” foi constatado, nesta data, que no programa 0089 – “Previdência de Inativos e Pensionistas da União” já havia sido gasta a quantia de R\$ 69.727.095.763 (sessenta e nove bilhões, setecentos e vinte e sete milhões, noventa e cinco mil, setecentos e sessenta e três reais), de uma dotação inicial de R\$ 74.016.209.087.

arrecadados e despendidos no RPPS da administração direta e indireta da União.<sup>33</sup>

O princípio da transparência obriga a que a União, além de apresentar os seus resultados orçamentários, que indique toda a “trilha orçamentária” do tributo pago, desde o recolhimento da receita tributária até o efetivo pagamento da despesa. Tal se dá, também, em virtude de que a certeza da vinculação da receita das contribuições para a seguridade social para o custeio do RPPS só acontece após a realização da despesa prevista no orçamento.

O princípio da transparência não é expreso, mas implícito na CF e, como afirmado por Torres, espraia-se por todo o ordenamento jurídico pátrio, como se depreende abaixo.

A lei 9.717/98<sup>34</sup> estabeleceu algumas regras de transparência que devem ser observadas pelo Poder Público no tocante à gestão do RPPS, quais sejam:

Art. 1º, VI - pleno acesso dos segurados às informações relativas à gestão do regime e participação de representantes dos servidores públicos e dos militares, ativos e inativos, nos colegiados e instâncias de decisão em que os seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação;

Art. 2º, § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios publicarão, até 30 (trinta) dias após o encerramento de cada bimestre, demonstrativo financeiro e orçamentário da receita e despesa previdenciárias acumuladas no exercício financeiro em curso. (Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004)

Veja-se que o artigo 1º, VI, garante o “pleno acesso dos segurados às informações relativas à gestão do regime”. Esta é uma garantia de transparência, que é instrumentalizada através de rede pública de transmissão de dados, conforme o artigo 9º, III, da Lei 10.887/04, o qual afirma que a unidade gestora do regime próprio de previdência dos servidores, prevista no artigo 40, § 20 da Constituição Federal:

33 Existem outros instrumentos de controle de acesso restrito, como o Sistema de Coleta de Dados Contábeis (SISTN); e o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI).

34 \_\_\_\_\_ Lei nº 9.717/98. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9717.htm) >. Acesso em: 15 nov. 2011.



III – disponibilizará ao público, inclusive por meio de rede pública de transmissão de dados, informações atualizadas sobre as receitas e despesas do respectivo regime, bem como os critérios e parâmetros adotados para garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial.<sup>35</sup>

Atente-se também ao que dispõe a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)<sup>36</sup> sobre a transparência na gestão fiscal:

Artigo 1º, § 1º *A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (negritou-se)*

[omissis]

Artigo 9º, § 4º Até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública na comissão referida no § 1º do art. 166 da Constituição ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais.

[omissis]

Art. 48. *São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.*

35 Lei nº 10.887/2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.887.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

36 Conforme KALIFE, Marco A. *Administração Pública: Lei de Responsabilidade Fiscal e a Controladoria*. Disponível em: < <http://w3.ufsm.br/revistacontabeis/anterior/artigos/vIn01/a15vIn01.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2011, p. 11, a LRF tem estes princípios: “Não gastar mais do que arrecadar. Não se endividar mais do que a capacidade de pagar. Escolher corretamente os gastos prioritários. Combater o desperdício. Os fundamentos são: Permitir planejamento fiscal consistente. Tornar a gestão fiscal transparente. Criar instrumentos de controle social eficazes e democráticos. Responsabilizar e punir o mau gestor.”

*Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: (Redação dada pela Lei Complementar nº 131, de 2009) (grifos nossos)*

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009)

*II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009). (grifos nossos)*

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A. (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009)

*Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a: (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009). (grifos nossos)*

*I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009). (grifos nossos)*

*II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários. (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009). (grifos nossos)<sup>37</sup>*

Art. 49. As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

<sup>37</sup> Este artigo é bem mais abrangente do que dispunha o artigo 88 da Lei 4.320/64: “Art. 88. Os débitos e créditos serão escriturados com individualização do devedor ou do credor e especificação da natureza, importância e data do vencimento, quando fixada”.

Parágrafo único. A prestação de contas da União conterá demonstrativos do Tesouro Nacional e das agências financeiras oficiais de fomento, incluído o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, especificando os empréstimos e financiamentos concedidos com recursos oriundos dos orçamentos fiscal e da seguridade social e, no caso das agências financeiras, avaliação circunstanciada do impacto fiscal de suas atividades no exercício.

Ampliou-se, no inciso II do artigo 48; e no art. 48-A da Lei Complementar 101, a partir de 2009, a garantia de pleno acesso às informações contábeis da execução orçamentária, já que aquele inciso foi expresso ao dizer: “– liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público.” O artigo 48-A sem dúvida foi um avanço, mas é ainda insuficiente. De acordo com a lei complementar supra transcrita seria possível se saber, em relação às contribuições sociais para o custeio do RPPS quem pagou, quanto pagou, quando pagou, quem recebeu, quanto recebeu, quando recebeu, a ação orçamentária realizada, mas o princípio da transparência fiscal ainda não é plenamente atendido pois, para tanto, aquele que pagou precisaria ter à sua disposição a comprovação de que aquele determinado tributo foi gasto com uma despesa determinada, ou com várias despesas.

Infelizmente o alcance do art. 48-A, inciso I, da Lei Complementar 101/2000 foi limitado, ilegalmente, pelo Decreto 7.185/2010, o qual dispõe sobre o padrão mínimo de qualidade do sistema integrado de administração financeira e controle, no âmbito de cada ente da Federação, nos termos do art. 48, parágrafo único, inciso III, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências, e que em seu artigo 7º determinou que:

Sem prejuízo dos direitos e garantias individuais constitucionalmente estabelecidos, o SISTEMA deverá gerar, para disponibilização em meio eletrônico que possibilite amplo acesso público, pelo menos, as seguintes informações relativas aos atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução orçamentária e financeira: I - quanto à despesa: a) o valor do empenho, liquidação e pagamento; b) o número do correspondente processo da execução, quando for o caso; c) a classificação orçamentária, especificando a unidade orçamentária, função, subfunção, natureza da despesa e a fonte dos recursos que financiaram o gasto; d) a pessoa física ou jurídica beneficiária do

pagamento, inclusive nos desembolsos de operações independentes da execução orçamentária, exceto no caso de folha de pagamento de pessoal e de benefícios previdenciários; e) o procedimento licitatório realizado, bem como à sua dispensa ou inexigibilidade, quando for o caso, com o número do correspondente processo; e f) o bem fornecido ou serviço prestado, quando for o caso; II - quanto à receita, os valores de todas as receitas da unidade gestora, compreendendo no mínimo sua natureza, relativas a: a) previsão; b) lançamento, quando for o caso; e c) arrecadação, inclusive referente a recursos extraordinários. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7185.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2011.

Veja-se que o inciso I, letra 'd' colocou uma exceção que não constava da Lei Complementar 101, ofendendo-se o princípio da transparência no que tange ao “caso de folha de pagamento de pessoal e de benefícios previdenciários.”

Caso fosse observada a lei complementar, com a carimbação proposta, seria atendido não somente o princípio da transparência, como também o da publicidade. Sobre este, o STF já teve a oportunidade de se pronunciar na suspensão de segurança nº 3.902 da seguinte forma:

SS 3902 AgR-segundo / SP - SÃO PAULO

SEGUNDO AG.REG. NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. AYRES BRITTO

Julgamento: 09/06/2011 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO

RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicaneamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra - falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos.

Decisão: Por unanimidade e nos termos do voto do Relator, o Tribunal desproveu os recursos de agravos regimentais. Ausente o Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), em razão do falecimento de seu tio, o Professor Juarez Rubens Brandão Lopes,

em São Paulo. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Plenário, 09.06.2011.<sup>38</sup>

O princípio da publicidade, no caso julgado pelo STF, prevaleceu sobre a intimidade dos servidores públicos envolvidos, o que valeria também para o caso de a Administração Pública resolver publicar que um tributo pago por um servidor para o custeio do RPPS foi gasto com esta ou aquela aposentadoria ou pensão dentro do regime próprio de previdência social. A lei de diretrizes orçamentárias, ou a lei orçamentária anual não teriam como chegar a este nível de especificação das despesas, de modo que constasse quem deveria receber determinado benefício previdenciário, mas nada impediria que o contribuinte da contribuição social para o custeio do RPPS viesse a saber, efetivamente, não somente quem recebeu, mas também quando e quanto recebeu daquele determinado tributo pago, conforme a proposta a seguir.

Então, para que se potencialize ao máximo o alcance do princípio da transparência, conjugado aos princípios da publicidade e da especificação<sup>39</sup>, deve ser adotado, em relação às contribuições sociais em questão o seguinte procedimento administrativo:

– Que a receita delas seja “carimbada”, identificada por uma numeração, que poderia ser a matrícula SIAPE de cada servidor, acompanhada do mês e do ano, o que possibilitaria a aferição da ação orçamentária efetivada, do “produto” daquele determinado tributo arrecadado.<sup>40</sup> O princípio em tela exige que todo servidor público e toda a sociedade possam acompanhar, passo-a-passo, a trajetória do

38 Id., Suspensão de Segurança nº 3.902. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SSS%24%2ESCLA%2E+E+3902%2ENUME%2E%29+OU+%28SSS%2EACMS%2E+ADJ2+3902%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> >. Acesso em: 15 nov. 2011.

39 JUND, Id., p. 75 define o princípio da especificação assim: Tendo por finalidade não só a vedação de dotações globais não-especificadas no orçamento, ou seja, sem discriminação, este princípio também denominado princípio da especialização, consignado no art. 5º e no art. 15 da Lei nº 4.320/1964, prevê que, na Lei do Orçamento, a discriminação da despesa far-se-á, no mínimo, por elementos, ou seja, a especialização ou “carimbo” dos recursos públicos deverá identificar uma classificação da dotação orçamentária com grau de discriminação tal, que identifique a sua destinação, visando à consecução dos seus fins, como, por exemplo: despesa com pessoal; material; serviços; e obras, entre outras, não podendo existir previsões orçamentárias sem discriminação definida. No que tange às receitas, entendemos que também encontram-se amparadas pelo princípio da especificação, tendo em vista a exigência de se especificarem na lei orçamentária as receitas e as despesas, segundo a categoria econômica, as fontes, as funções e os programas.

40 Talvez o código de barras seja uma ferramenta adequada para uma precisa identificação do tributo pago.

tributo de arrecadação vinculada, a contribuição social para o custeio do RPPS.

No plano infralegal, além do Decreto 7.185/2010, o princípio da transparência fiscal assim se expressa no artigo 16, VI, da Portaria 402/2008, do Ministério da Previdência Social: “Os demonstrativos contábeis devem ser complementados por notas explicativas e outros quadros demonstrativos necessários ao minucioso esclarecimento da situação patrimonial e dos investimentos mantidos pelo RPPS.”<sup>41</sup>

Um “minucioso esclarecimento” certamente impõe o maior detalhamento possível das contribuições sociais vertidas por servidores públicos federais ao RPPS, o que poderia implicar, conforme se propõe, uma carimbação deste tributo, de modo que se possam detectar as contribuições de forma individualizada, observando-se a vinculação da receita à despesa paga no regime próprio, nos termos dos artigos 149, § 1º, e art. 167, XI, ambos da CF. Não se propugna aqui a abertura de contas individuais em nome de cada servidor público federal, tal qual ocorreria num regime de capitalização, mas talvez esta seja a única solução técnica possível para atender à proposta de carimbação das receitas advindas da contribuição social dos servidores públicos federais. Estas receitas continuariam sendo contabilizadas dentro do orçamento da União, e vertidas ao RPPS. Segundo o TCU, para que fosse implantado um regime puro de capitalização seria necessário um aporte equivalente a 61% do PIB, nessas palavras:

O regime de capitalização baseia-se na poupança individual de cada segurado que contribui para garantir o valor de sua aposentadoria, que será correspondente ao montante contribuído para o sistema, acrescido dos rendimentos do capital auferidos no período da contribuição.

Registre-se, conforme definido no texto *Matemática Atuarial de Sistemas de Previdência Social - Coleção Previdência Social - MPAS. 2002*, que atualmente as previdências públicas adotam a sistemática de *benefício definido*, onde a “fórmula de benefício é especificada e os arranjos financeiros - incluindo, em particular, as contribuições devidas - são determinadas de forma suficiente

41 MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Portaria nº 402/2008. Disponível em: < [http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/66/mps/2008/402\\_1.htm](http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/66/mps/2008/402_1.htm) >. Acesso em: 15 nov. 2011.

para financiar os benefícios”, enquanto que na sistemática de *contribuição definida* “as contribuições a serem pagas são especificadas, e os benefícios são resultantes do investimento dessas contribuições”. Contudo, diversos estudos apontam que os aportes de recursos necessários para a transição integral do atual regime para um sistema de capitalização puro, corresponderiam, somados todos os entes federados e o RGPS, a até dois PIBs, dependendo dos dados, premissas e variáveis utilizadas. O estudo do Governo (Exposição de motivos da PEC 40), malgradas as objeções adiantes assinaladas, estima em 61% do PIB o valor necessário à adoção da capitalização plena para os servidores públicos federais e estaduais. (Acórdão 1465/2003, ata 38/2003, Plenário, disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: 06 dez. 2011).

A normativa continua com o artigo 18 da Portaria 402/2008, segundo o qual a Administração Pública é obrigada a manter um registro individualizado dos contribuintes do RPPS, nessas palavras:

Art. 18. O ente federativo manterá registro individualizado dos segurados do RPPS, que conterà as seguintes informações:

I - nome e demais dados pessoais, inclusive dos dependentes; II - matrícula e outros dados funcionais; III - remuneração de contribuição, mês a mês; IV - valores mensais da contribuição do segurado; V - valores mensais da contribuição do ente federativo.

Parágrafo único. Ao segurado e, na sua falta, aos dependentes devidamente identificados serão disponibilizadas as informações constantes de seu registro individualizado.

Como já existe este registro de todos os segurados do RPPS, isto facilitaria com que a União atendesse plenamente ao princípio da transparência.

A União, inclusive, poderia ser compelida judicialmente, em ações civis públicas ajuizadas por sindicatos e associações de classe, para que se adeque às exigências atuais do princípio da transparência fiscal. Antes do ajuizamento das ações recomenda-se, entretanto, que se faça uma pesquisa com todos os associados e sindicalizados, para que estes digam se é do interesse deles saber se as contribuições sociais recolhidas realmente vão para o custeio do RPPS.



### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no princípio da transparência fiscal, e em virtude de serem as contribuições sociais para o RPPS um tributo de arrecadação vinculada, toda a sociedade e os servidores-contribuintes em particular têm o direito subjetivo de exigir da União que esta esclareça todo o “caminho orçamentário” da contribuição recolhida, desde o seu ingresso no orçamento até o pagamento da despesa. Só se tem a certeza da efetiva vinculação entre o tributo arrecadado e a despesa realizada após o pagamento desta. Por conseguinte, os sindicatos e associações de servidores públicos federais poderiam ajuizar ações civis públicas para que se dê cumprimento ao princípio da transparência fiscal, em relação às contribuições em questão. Antes do ajuizamento das ações recomenda-se, entretanto, que se faça uma pesquisa com todos os associados e sindicalizados, para que estes digam se é do interesse deles saber se as contribuições sociais recolhidas realmente vão para o custeio do RPPS.

Com isto, a carimbação das contribuições sociais com o número SIAPE dos servidores-contribuintes, o mês e o ano do pagamento poderia viabilizar uma maior transparência, de modo que se permitiria que, em caso de tredestinação, fosse ajuizada ação de repetição de indébito do tributo pago, já que aquelas não estão sujeitas, sequer, à desvinculação de receitas da União, conforme o artigo 167, XI, da CF. Entende-se que, talvez, o código de barras seria um instrumento eficiente para que seja perfectibilizada a carimbação proposta.

Espera-se que este artigo contribua de alguma forma para uma maior transparência da Administração Pública Federal acerca das contribuições sociais para o custeio do RPPS, e para uma maior conscientização dos servidores públicos federais, para que estes, caso adotada a proposta acima, administrativamente, ou através de ação civil pública, passem a ter um controle maior sobre os tributos de arrecadação vinculada que pagam, pois hoje em dia isto não é possível.

### REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 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: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Decreto 7.185/2010. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7185.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.320/64. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.212/91. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.688/93. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8688.htm#art7](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8688.htm#art7)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.717/98. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9717.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 101/2000. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.887/2004. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.887.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei de Diretrizes Orçamentárias nº 12.309/2010. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12309.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12309.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.925. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2925%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2925%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.128. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3128%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3128%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 566.007. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+566007%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+566007%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Suspensão de Segurança nº 3.902. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESCLA%2E+E+3902%2ENUME%2E%29+OU+%28SS%2EACMS%2E+ADJ2+3902%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1465/2003, ata 38/2003, Plenário. Disponível em:< <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: 06 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão 1040/06, ata 26/2006, Plenário. Disponível em:< <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: 06 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão nº 1316/09, ata 24/2009, Plenário. Disponível em:< <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: 06 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão 2208/10, ata 32/2010, Plenário. Disponível em:< <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: 06 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão 1406/11, ata 20/2011, Plenário. Disponível em:< <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: 06 dez. 2011.

COELHO, Sacha C. N. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Inconstitucionalidade da Tributação dos Inativos e Pensionistas do Setor Público pela Previdência Social, mesmo após a Emenda Constitucional n. 41/03. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, v. 1.

JUND, Sergio. AFO, *Administração Financeira e Orçamentária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção*. Disponível em:< <http://www.cgu.gov.br/ConselhoTransparencia/>>. Acesso em: 07 dez. 2011.

KALIFE, Marco A. *Administração Pública: Lei de Responsabilidade Fiscal e a Controladoria*. Disponível em:< <http://w3.ufsm.br/revistacontabeis/anterior/artigos/vIn01/a15vIn01.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

MEDINA, Damares. *A previdência social no contexto da seguridade social e da ordem social*. Disponível em:< [http://bdjur.stj.gov.br/xmloi/bitstream/handle/2011/25252/previdencia\\_social\\_contexto\\_seguridade.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmloi/bitstream/handle/2011/25252/previdencia_social_contexto_seguridade.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Portaria Interministerial STN/SOF nº 163/2001. Disponível em:<[http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/Portaria\\_Interm\\_163\\_2001\\_Atualizada\\_2010\\_25ago2010.pdf](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/Portaria_Interm_163_2001_Atualizada_2010_25ago2010.pdf)>. Acesso em: 06 dez. 2011.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Portaria nº 402/2008. Disponível em:<[http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/66/mps/2008/402\\_1.htm](http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/66/mps/2008/402_1.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Portaria Interministerial MPS/MF 407 de 2011. Disponível em:<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/65/MF-MPS/2011/407.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Lei Orçamentária Anual nº 12.381/2011. Orçamento Fiscal e da Seguridade Social, Exercício Financeiro de 2011, v. IV. Disponível em:<[https://www.portalsof.planejamento.gov.br/sof/orc\\_2011/L12381\\_11\\_Volume\\_IV.pdf](https://www.portalsof.planejamento.gov.br/sof/orc_2011/L12381_11_Volume_IV.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Orçamento Federal. Manual Técnico de Orçamento da União 2012. Disponível em:<[https://www.portalsof.planejamento.gov.br/bib/MTO/MTO\\_2012.pdf](https://www.portalsof.planejamento.gov.br/bib/MTO/MTO_2012.pdf)>. Acesso em: 07 dez. 2011.

MOTTA, Fabrício. *Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil*. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-14-ABRIL-2008-FABRICIO%20MOTTA.PDF>>. Acesso em: 06 dez. 2011.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO PODER EXECUTIVO FEDERAL. Disponível em:<<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 02 nov. 2011.

SENADO FEDERAL. siga Brasil. disponível em:<<http://www8a.senado.gov.br/infoviewapp/listing/main.do?appkind=infoview&service=%2finfoviewapp%2fcommon%2fappservice.do>>. acesso em: 06 dez. 2011.

TORRES, Ricardo L. *O princípio da transparência no direito financeiro*. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=162](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=162)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

**JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA  
PRIMA FACIE EM AÇÕES REPETITIVAS  
NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL  
ATUAL E NO CONTEXTO DO PROJETO DE  
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

***PRIMA FACIE REJECTION IN REPETITIVE LAWSUITS  
WITHIN THE CURRENT CIVIL PROCEDURE AS WELL AS  
IN THE CONTEXT OF THE PROJECT OF THE NEW CODE  
OF CIVIL PROCEDURE***

*José Tadeu Neves Xavier*

*Advogado da União*

*Professor e Coordenador de Cursos de Pós-graduação da Faculdade IDC*

*Professor da Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul – FEMARGS*

*Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS,*

**SUMÁRIO:** Considerações iniciais; 1 O julgamento liminar de improcedência no contexto do Processo Civil atual; 1.1 O julgamento de improcedência *prima facie* e a evolução do Processo Civil; 1.2 O julgamento de improcedência *prima facie* e o indeferimento da inicial: breve comparação; 1.3 Breves considerações sobre a constitucionalidade

do artigo 285-A/CPC; 2 Análise do artigo 285-A do atual Código de Processo Civil; 2.1 Pressupostos legais para a utilização da técnica do julgamento liminar de improcedência; 2.2 A sentença no julgamento de improcedência *prima facie*; 2.3 A sistemática recursal no julgamento de improcedência *prima facie*; 2.4 A extensão da aplicação do artigo 285-A/CPC; 3 O projeto de Novo Código de Processo Civil e o julgamento de improcedência liminar do pedido; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** A inserção do art. 285-A no Código de Processo Civil, criando o julgamento de improcedência *prima facie*, trouxe à tona uma série de discussões sobre o acerto do caminho trilhado pelo legislador na busca da celeridade processual. Entretanto, o julgamento liminar de improcedência necessitou de uma fase de amadurecimento, propiciada por sua aplicação na prática judiciária, para encontrar o seu ponto de equilíbrio e assim servir como contribuição à obtenção de uma prestação jurisdicional mais efetiva. O projeto de novo Código de Processo Civil propõe alterações no julgamento liminar de improcedência, guiando-se pelo ideal de verticalização da prestação jurisdicional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Artigo 285-A. Julgamento Liminar de Improcedência. Projeto de Novo Código de Processo Civil.

**ABSTRACT:** The insertion of the article 285-A in the Code of Civil Procedure, which created the unfounded trial, named *prima facie*, brought up several discussions regarding in finding the right path by the legislature in the pursuit of process fastness. However, the *preliminary merit judgment* have required a phase of maturity brought about by its application in judicial practice in order to find the balance point and thus serve as a contribution to achieving a more effective judicial protection. The project of the new Code of Civil Procedure aims the redefine the *preliminary merit judgment*, guided by an ideal of verticalization of the jurisdictional provision.

**KEYWORDS:** Article 285-A. Preliminary Merit Judgment. Project of the New Code of Civil Procedure.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A inclusão da autorização de julgamento de improcedência *prima facie* constituiu uma das inovações mais polêmicas da última fase de reformas experimentadas pelo processo civil pátrio. Esta possibilidade veio consagrada no artigo 285-A do Código de Processo Civil (CPC), com a seguinte redação: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. Tal dispositivo proporcionou discussões acaloradas que foram desde a sua conveniência e adequação procedimental no sentido da instrumentalidade e comprometimento com uma visão moderna do processo, até a dúvida quanto à sua constitucionalidade, sendo, inclusive, alvo de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil<sup>1</sup>.

Percebe-se, nessa iniciativa legislativa, uma continuação do itinerário inicialmente traçado já pela Lei nº 9.756/98, com a inclusão da atual redação do artigo 557/CPC que permite ao relator, por meio de decisão monocrática, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. É de se salientar, também, que a previsão normativa do julgamento liminar de improcedência veio a lume acompanhada da inclusão em nossa sistemática processual da súmula impeditiva de recurso, consagrada na nova redação atribuída ao artigo 518, § 1º/CPC (“O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de justiça ou do Supremo Tribunal Federal”)<sup>2</sup>. Todas

1 Na opinião de Luiz Wambier, Tereza Wambier e José Medina “o novo art. 285-A é uma demonstração eloqüente e lamentável da tentativa de resolver os grandes problemas estruturais do país (inclusive do processo) pela a via da negativa de fruição de garantias constitucionais”, acrescentando: “segundo os mentores desse projeto, essa iniciativa tenderia a desafogar o juízo de primeiro grau, evitando o contraditório, que se daria através da citação (pasmem!), e a sobrecarga de trabalho, portanto. Ora, e o tribunal? Este certamente será sobrecarregado com apelações, e terá que cumprir, de certo modo, papel de juízo de primeiro grau, na hipótese de o réu oferecer suas contra-razões. Que diferença terá esse novo método, em relação ao julgamento antecipado da lide, esse, sim, com pleno contraditório e como exaurimento da atividade jurisdicional de primeiro grau? Certamente nenhuma diferença expressiva, até porque a única ‘fase’ que se esta evitando será a citação seguida da apresentação da contestação. Ora, se trata de matéria de direito, logo após o eventual exercício do direito de defesa, pelo réu, ou, ainda, na hipótese de revelia, pode o magistrado (pela via do julgamento antecipado) proferir sentença, sem qualquer atropelo e sem qualquer fissura no conjunto de garantias processuais constitucionais” (Breves comentários à nova sistemática Processual Civil 2. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006. p. 63/64).

2 João Francisco Nunes da Fonseca, neste sentido, aponta que: “é nítida a relação entre o julgamento liminar de improcedência do pedido (art. 285-A) e a chamada ‘súmula impeditiva de recurso’ (art. 518,

estas possibilidades guardam um sentido finalístico comum que é o de racionalizar a prestação jurisdicional, de forma a torná-la mais célere, em especial frente à ampliação dos casos de processos repetitivos, frutos da inevitável massificação social<sup>3</sup>.

Entretanto, o julgamento de improcedência *prima facie* afasta-se das hipóteses previstas nos artigos 557 e 518, § 1º do Diploma Processual Civil, na medida em que não exige a existência de tese consolidada em sentido contrário à pretensão da parte autora nos Tribunais Superiores, bastando para a sua concretização que o juízo no qual é manifestado o pedido já exista sentença precedente em sentido contrário, em casos semelhantes. Assim, mesmo que o entendimento do magistrado seja contrário ao incorporado em súmulas de Tribunais Superiores, ou que não exista ainda entendimento formado frente a esta questão, podendo haver, inclusive na mesma comarca, juízes com entendimentos diversos, a aplicação do julgamento liminar poderá ser efetivada. Observe-se que, inclusive quando o magistrado já teve as sentenças anteriormente prolatadas reformadas pelo tribunal respectivo, não fica obstaculizado o manejo da técnica sentencial do art. 285-A/CPC. Há autores que tem defendido que para a ocorrência do julgamento *prima facie* seria necessária a existência de sentenças ou entendimento predominante sobre a matéria<sup>4</sup>. Não há dúvidas

§ 1º): ambos os institutos inserem-se no contexto das técnicas de aceleração da tutela jurisdicional e contam com forte apoio nos precedentes judiciais” – O julgamento liminar de improcedência da demanda (artigo 285-A, CPC): questões polêmicas, Revista *Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 37, p. 43, jul./ago. 2010.

- 3 Neste sentido Cassio Scarpinella Bueno se manifesta dizendo: “por esta razão é que me parece bastante correto destacar que o art. 285-A deve ser entendido como uma forma de debelar o que a prática judiciária costuma denominar, muitas vezes, de ‘processos repetitivos’, em que o que se discute basicamente é uma mesma tese jurídica aplicada a uma mesma situação fática incontestada ou, quando menos, que não desperta maiores dúvidas ou indagações das partes e do próprio magistrado. Uma situação fática que não aceita ou não apresenta peculiaridades”, concluindo: “neste sentido, o art. 285-A pretende que seja aplicada à ‘mesma’ questão jurídica, a ‘mesma’ resposta jurisdicional, providência que, analisada deste ponto de vista, só pode merecer os melhores aplausos porque assegura, reconhecida a ‘identidade de situações’, uma escorreita incidência do princípio da isonomia que, ocioso até dizer, move também a atuação do Estado-juiz, é dizer, integra o modelo constitucional do processo civil” (*A nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 2006. p. 49).
- 4 Neste sentido manifesta-se Luis Wambier, Tereza Wambier e José Medina: “de fato, não há, textualmente, na referida norma, sequer a exigência de que o entendimento adotado na sentença copiada tenha sido confirmado por órgão recursal que seja superior àquele que proferiu a sentença. Contenta-se o novo art. 285-A, tão somente, com que anteriormente ‘tenha sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos. Entendemos, no entanto, que esta interpretação literal e isolada, dissociada das outras normas jurídico-processuais relativas ao tema, deve ser afastada. Uma orientação que permitisse a reiteração de ‘jurisprudência do próprio juízo’, ainda que contrária à orientação fixada em Tribunais Superiores, segundo pensamos, não se coaduna com os valores que justificam a adoção do sistema de súmulas vinculantes em um sistema jurídico: segurança e



que esta compreensão estaria indo ao encontro da concretização de uma maior segurança jurídica, mas definitivamente não é esta a redação do novo dispositivo em comento e nem parece ser o seu objetivo primordial. O que se quer evitar é um trâmite e deslinde procedimental desnecessário em primeiro grau de jurisdição quando o julgador já possui entendimento formulado em sentido contrário a tese do demandante. Para o outro objetivo é que existem os artigos 557 e 518, §1º/CPC.

## 1 O JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA NO CONTEXTO DO PROCESSO CIVIL ATUAL

### 1.1 O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA PRIMA FACIE E A EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL

A necessidade de facilitação do acesso à Justiça vem há muito tempo ocupando o cenário dos debates em torno do Processo Civil atual. Inicialmente, no modelo de Estado Liberal, predominantes nos séculos XVIII e XIX, o ente estatal limitava-se a conferir uma série de direitos aos cidadãos, sem, no entanto, exprimir uma maior atenção em relação a sua efetivação. Moldado pelo sentimento individualista que marcou indelevelmente este período, o paradigma liberal limitava-se a demarcar os direitos individuais, numa conduta passiva frente à sociedade, em especial no que diz respeito ao acesso à justiça. Com o passar do tempo o Estado foi assumindo uma maior preocupação com os valores sociais, a exemplo disso, o reconhecimento dos Direitos Fundamentais de segunda dimensão, dentre os quais se encontram o direito ao trabalho, saúde e segurança. Neste contexto, o debate do acesso à justiça vem à tona. Desde então, muitas foram as tentativas de implementação de uma sistemática que garantisse efetivamente o acesso aos tribunais, como uma forma de

---

previsibilidade”, concluindo: “a coincidência entre a orientação adotada pelo juízo de primeiro grau e o entendimento manifestado por tribunal que lhe seja hierarquicamente superior é, assim, pressuposto fundamental para a incidência do art. 285-A” (*Breves comentários à nova sistemática Processual civil 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 65-67*). Na mesma linha de raciocínio Cassio Scapinella Bueno aponta: “assim, para todos os fins parece-me que a melhor interpretação a ser dada ao art. 285-A é aquela que admite rejeição liminar da petição inicial apenas quando a ‘tese repetitiva’ já tenha sido repelida pelos tribunais superiores, como ‘objetivamente’ podem demonstrar suas súmulas ou, quando menos, a sua jurisprudência predominante. Na pior das hipóteses, nos casos de haver, no tribunal de segundo grau de jurisdição competente, alguma súmula ou, por identidade de motivos, jurisprudência predominante em sentido contrário. Nunca, entretanto, admitir a rejeição liminar da petição inicial pelo entendimento singelo do próprio juízo de primeiro grau de jurisdição. E vou além: de todas as alternativas, a que melhor se afina ao sistema processual civil mais recente é a que admite a rejeição liminar da inicial somente quando houver súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário à mesma questão que se pretende rediscutir perante o Judiciário” (*A nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55*).

concretização do ideal de uma sociedade justa. Neste sentido o Direito Processual Civil tem experimentado diversas tentativas de reformulação, conhecidas como *reformas*, em especial a partir da última década do século passado.

Dentre os grandes obstáculos à realização deste ideário jurisdicional encontramos o problema da morosidade na prestação jurisdicional, que além de representar verdadeiro entrave à realização da justiça, ainda serve como indicativo que desacredita o Poder Judiciário frente à sociedade. Em nosso país, em especial após o advento da Constituição Federal de 1988, notou-se um considerável aumento de litígios submetidos à tutela jurisdicional, ensejando reflexões de diversas ordens sobre como enfrentar esta problemática. Ciente desta situação, ao realizar a *Reforma do Judiciário*, por meio da Emenda Constitucional nº 45, o legislador incorporou ao Texto Constitucional um novo Direito Fundamental, por meio da inserção do inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, estabelecendo: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação*”. Esta redação inseriu em nosso sistema jurídico o princípio da duração razoável dos processos administrativos e judiciais, vinculando o acesso à justiça à tempestividade adequada da prestação jurisdicional<sup>5</sup>.

Tal previsão passou a representar, então, um indicador de referência para toda a atuação legislativa infraconstitucional no sentido de condução das *reformas* do processo civil. Assim, a novidade da sentença *prima facie* estabelecida no art. 285-A/CPC está em literal consonância com os ditames constitucionais, representando, um grande passo no sentido de concretização do Direito Fundamental em questão<sup>6</sup>.

5 Este princípio já estava consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), em seu artigo 8º: “Garantias judiciais: I – toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias, e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza cível, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

6 Em sentido contrário é a manifestação de Paulo Roberto de Gouvêa Medina: “a solução adotada tem em vista, sem dúvida, um fim meritório, qual seja o de contribuir para tornar mais rápida a prestação jurisdicional. Insere-se, portanto, na linha das medidas que procuram dar existência concreta à garantia constitucional do art. 5º, LXXVIII, de nossa Carta Política, que a todos assegura, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Mas, em busca desse desiderato, o legislador levou a barra muito longe. A preocupação que vem dominando a reforma do Código de Processo Civil no sentido de simplificá-lo e dele fazer instrumento que, de fato, viabilize o exercício eficiente da jurisdição, chegou, aí, ao paroxismo. Sob o pretexto de propiciar, na hipótese de que trata, desfecho imediato para o processo, evitando a prática de

Eis que, por meio da Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, inserida no bloco da *terceira onda de reformas* do processo civil, foi introduzido no CPC o artigo 285-A, com a seguinte redação:

Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. §1º. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

A proposta legislativa parte, com certeza, da constatação da necessidade de enfrentamento drástico das demandas repetitivas, que assolam o Judiciário Brasileiro. São feitos que se caracterizam pela repetição das peças processuais e de expedientes forenses. Neste sentido foi a manifestação parlamentar do Senador Aloísio Mercadante, ao se pronunciar sobre o texto do projeto de lei que resultou na criação do art. 285-A/CPC, afirmando:

A proposta tem o condão de racionalizar a atividade jurisdicional, pois confere aos magistrados poderes necessários para decidir de forma rápida e definitiva os conflitos repetitivos, desde que os mesmos envolvam matéria exclusivamente de direito, sobre o qual já exista entendimento consolidado no mesmo juízo. Desta forma, o projeto desonerará as partes injustamente demandadas e também a estrutura do próprio Judiciário.

O dispositivo, assim, permite ao julgador extinguir o feito, com julgamento do mérito, mesmo antes de ser formada a relação jurídica processual, havendo um simples vínculo estabelecido entre o autor e o juiz<sup>7</sup>. A angularização da relação processual somente será formada se

---

atos supostamente inúteis ou a repetição de ações em torna das quais já se tenha firmado orientação jurisprudencial, na verdade, o dispositivo restringiu, gravemente, o direito de ação e fez tabula rasa de princípios constitucionais do processo, sem cuja observância não se pode falar em devido processo legal” (Sentença emprestada: uma nova figura processual. *Revista de Processo*, n. 135, p. 153).

- 7 Rosemiro Pereira Leal posiciona-se de forma acirradamente crítica a esta inovação legislativa, dizendo ser: “espécie insólita de tutela antecipada ex officio a favor do espírito do réu em que o juiz, transfigurando-se (ectoplasmando-se) em Dom Quixote, elegendo-se defensor dos ausentes em nome de uma justiça veloz (olímpica). É mesmo uma situação tragicômica” (*A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro*, Processo Civil Reformado, Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 264).

o autor apresentar recurso de apelação, quando então o réu será citado para respondê-lo.

A redação legislativa é no sentido de simplesmente *possibilitar* ao julgador realizar o julgamento de plano, quando presentes os requisitos legais. Não há qualquer indicativo de obrigatoriedade de aplicação do julgamento *prima facie*. Ao julgador cabe a verificação da conveniência e oportunidade na utilização do art. 285-A/CPC<sup>8</sup>, pois se entender que será necessário percorrer o trâmite tradicional do feito, com a citação do réu, assim deverá proceder<sup>9</sup>.

Ruy Zoch Rodrigues, ao enfrentar o tema do julgamento das ações repetitivas, aponta a identificação de três aspectos relevantes do julgamento liminar na evolução do Processo Civil, a saber:

- 8 Neste sentido é a lição de Marcos da Silva e Cyro Gonçalves Jr, afirmando: “foi instituída esta faculdade ao magistrado, pois, conforme se denota da leitura da regra processual examinada, a providência que se almeja fica adstrita ao exame da conveniência e oportunidade por parte do Juiz. Afirmamos isso, pois a locução encontrada no caput “...poderá ser dispensada a citação...”, não obriga a tal medida, mas sim, faculta, ou seja, há flexibilidade para tanto” (*Apontamentos sobre o art. 285-A do CPC, Atualidades do Processo Civil*, Coordenação Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, v. I, Curitiba: Juruá, 2006. p. 339-340).
- 9 Como informa Fernando C. Queiroz Neves este dispositivo é fruto do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e Republicano” firmado pelos Presidentes da República, do Supremo Tribunal Federal, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, onde se lê: “Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto a questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático. Em face do gigantesco esforço expendido, sobretudo nos últimos dez anos, produziram-se dezenas de documentos sobre a crise do Judiciário brasileiro, acompanhados de notáveis propostas visando o seu aprimoramento. Os próprios Tribunais e as associações de magistrados têm estado á frente deste processo, com significativas proposições e com muitas iniciativas inovadoras, a demonstrar que não há óbices corporativistas a que mais avanços reais sejam conquistados. O Poder Judiciário não tem se eximido da tarefa de contribuir para um Judiciário melhor, como demonstram a recém promulgada reforma constitucional (EC 45/04) e várias modificações nas leis processuais. A reforma do sistema judicial tornou-se prioridade também para o Poder Executivo, que criou a Secretaria de Reforma do Poder Judiciário no âmbito no Ministério da Justiça, a qual tem colaborado na sistematização de propostas e em mudanças administrativas. São essas as premissas que levam os três Poderes do Estado a se reunirem em sessão solene, a fim de subscreverem um Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano, consubstanciado nos seguintes compromissos fundamentais: 1. Implemento de Reforma Constitucional do Judiciário. 2. Reforma do sistema recursal e dos procedimentos; 3. Defensoria Pública e acesso a justiça; 4. Juizados Especiais e Justiça itinerante; 5. Execução fiscal; 6. Precatórios; 7. Graves violações contra os Direitos Humanos; 8. Informatização; 9. Produção de dados e indicadores estatísticos; 10. Coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas; e, 11. Incentivo à aplicação das penas alternativas” (O verdadeiro processo sumaríssimo (CPC, arts. 285-A, 518, par. 1º, 527, I, caput), *Atualidades do Processo Civil*, v. I, Coordenação de Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, Curitiba:Juruá, 2006. p. 373-374).

- (a) definição, no âmbito da primeira instância, que a tutela coletiva, quando veiculada em demandas individuais, exige tratamento diferenciado daquele que de regra é empregado na tutela convencional;
- (b) a possibilidade de intercâmbio de informações entre demandas diversas – intercâmbio que não é só de direito, senão também de fato, uma vez que deve haver similitude fática para que possa existir identidade jurídica;
- (c) reafirmação, em caráter superlativo, da idéia segundo a qual, uma vez convencido, o juiz deve decidir, preservadas, por óbvio, as garantias constitucionais do processo<sup>10</sup>.

## 1.2 O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA PRIMA FACIE E O INDEFERIMENTO DA INICIAL: BREVE COMPARAÇÃO

A figura jurídica do indeferimento da inicial já representa situação longamente aceita e incorporada ao nosso sistema, consagrada expressamente no artigo 295/CPC, desde a sua redação original, e em nada se confunde com a situação indicada no artigo 285-A desde diploma legislativo. Ambos guardam em comum, entretanto, o fato de atuarem como permissivos para o julgador de primeiro grau obstar liminarmente o prosseguimento do feito.

O indeferimento da inicial ocorre nos casos indicados no Estatuto Processual quando a petição inicial estiver datada de vício insanável que não possibilite correção ou se, uma vez conferida a oportunidade de correção, esta não tenha sido efetivada a contento. Neste contexto é possível afirmar que o indeferimento da petição inicial é uma forma especial de extinção do processo por falta de pressuposto processual verificado *prima facie*.

Assim, como ressalta Fredie Didier Jr.<sup>11</sup>

Normalmente, relaciona-se o indeferimento da petição inicial com os casos de invalidade, má-formação, inépcia, defeito da petição inicial;

10 RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: caos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 163.

11 JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 57.

por isso, diz-se que essa decisão judicial não analisa o mérito da causa, limitando-se a reconhecer a impossibilidade de sua apreciação.

Efetivamente, na sistemática do Código de Processo Civil os casos de indeferimento da petição inicial atuam, em geral, sobre matérias estranhas ao mérito.

As duas figuras – indeferimento da inicial e julgamento *prima facie* – acabam encontrando um ponto de aproximação quando o tema em questão envolve o reconhecimento de prescrição ou decadência, embora estes temas geralmente costumam ultrapassar os limites da “questão exclusivamente de direito”, afastando assim a incidência do artigo 285-A/CPC.

Entretanto, mesmo nesta hipótese o indeferimento da inicial não pode ser confundido com a situação de julgamento liminar de improcedência, pois neste caso os pressupostos a serem preenchidos são distintos, ou seja, nesta situação verifica-se a necessidade de ter se ofertado em juízo peça exordial categoricamente apta a proporcionar um processo regular, além da ocorrência de repetição de ações massificadas, onde a matéria é exclusivamente de mérito e já existe precedente do juízo no sentido da improcedência da pretensão deduzida.

### 1.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 285-A/CPC

Uma das grandes barreiras existentes para a legitimação do julgamento *prima facie* proposto pelo artigo 285-A/CPC é o seu enfrentamento em relação à constitucionalidade do dispositivo legal em tela, questão que foi levantada pelo Deputado Darci Coelho mesmo antes da aprovação da lei, quando estava sendo analisado o projeto legislativo (PL 4.728/2004) no Congresso Nacional<sup>12</sup>. Após a aprovação da lei, o

12 O parlamentar consignou no seu voto os seguintes argumentos contrários a aprovação do projeto de lei em questão: “procedendo-se, contudo, à análise técnica do teor do projeto de lei em tela, é de se verificar que padece de insanáveis vícios quanto aos aspectos de constitucionalidade e juridicidade. Quer-se estabelecer em seu texto um mecanismo semelhante ao da tão prolatada súmula vinculante, com a diferença, porém, de já se a prever para a aplicação pelo juiz competente para o exercício da jurisdição de primeiro grau. A sua adoção feriria gravemente o princípio geral do direito processual da garantia do duplo grau de jurisdição, eis que estabeleceria a possibilidade de se suprimir o primeiro grau de jurisdição, à medida que se autoriza o juiz a proferir sentença apenas reproduzindo o teor de outra anteriormente prolatada no juízo. Além disso, vislumbra-se, no conteúdo da proposição em comento, ofensa também aos princípios e normas que regem a coisa julgada formal, tendo em vista que se pretende permitir ao juiz do primeiro grau de jurisdição a prolação de sentença terminativa em duas

Conselho Federal da OAB propôs ação direta de inconstitucionalidade, argumentado que a aplicação do disposto no artigo 285-A/CPC representaria a violação de diversos princípios de ordem constitucionais. Assim, a discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo em questão é debatida em relação a quatro princípios:

- (a) o contraditório;
- (b) a ampla defesa;
- (c) o devido processo legal e,
- (d) o acesso à justiça. Não participamos desde entendimento, pois não vislumbramos nenhuma violação a esses princípios na figura jurídica do julgamento *prima facie*.

A principal bandeira levantada no sentido de reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 285-A/CPC diz respeito à alegação de a aplicação deste dispositivo acarretaria violação ao princípio do contraditório<sup>13</sup>. Muitos são os argumentos listados para corroborar

---

oportunidades, quais sejam, no momento anterior à citação d aparte contrária e posteriormente à prática de tal ato, se não houver apelação e se decidir não a manter e dar prosseguimento normal ao feito. Há afronta ainda aos princípios constitucionais da garantia da ampla defesa e do contraditório, no âmbito do mencionado projeto de lei. Isto porque se facultaria ao juiz dispensar a citação da parte contrária e, como se deve saber, tal ato constitui, na sistemática adotada pelo nosso direito processual, requisito essencial e indispensável para a regular defesa do réu. Diante do exposto, o nosso voto é pela inconstitucionalidade e injuridicidade do Projeto de Lei 4.728, de 2004, da emenda a ele apresentada e do substitutivo repetitivos – Lei 11.276 d 11.277, oferecido pelo relator, e, no mérito, pela rejeição de tais proposições” (apud Paulo Sérgio Restifê, Reforma do CPC: modificações das regras recursais e julgamento liminar definitivo em processos *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 37, p.119/120).

13 Um dos principais defensores da inconstitucionalidade do art. 285-A é Rosemíro Pereira Leal, argumentando: “a inconstitucionalidade dessa postura não diz tanto à precisão escópica que deva ter o juiz para detectar a identidade, mas à situação de se proferir uma sentença terminativa-definitiva (de mérito) sem processo, ou seja, sem procedimento em contraditório entre as partes (Fazzalari), postergando o devido processo legal assegurado constitucionalmente (art. 5º, incisos LIV e LV da CB/88). O instituto do devido processo criou para os litigantes, e não para os juizes, direitos ao contraditório e ampla defesa, que, ao mesmo tempo, são facultades e garantias personalíssimas das partes, não podendo sofrer restrições a qualquer pretexto. Chamar o réu, mesmo que a sentença integralmente lhe aproveite, somente para ‘responder’ a possível recurso (apelação) do autor, é decidir, no âmbito de toda a instância monocrática, sem dualidade de partes, sem os sujeitos do processo em suas relações internormativas, logo sem formação do processo com desobservância ao devido processo” (A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro, *Processo Civil Reformado*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 265). Também Daniel Mitidiero manifestou-se sobre a questão, consignando seu entendimento no sentido de que o art. 285-A/CPC estaria em absoluta dissonância com a dimensão ativa do direito fundamental ao contraditório, entendido este como a possibilidade de

esta tese, em especial a necessidade de garantir às partes a participação efetiva no desenvolvimento de todo o litígio, de forma que a possibilidade de atuação apenas na fase recursal não contempla a concretização efetiva do contraditório. Neste aspecto, cabe trazer à colação as palavras de Gustavo Felipe Barbosa Garcia, argumentando que:

O réu teria a possibilidade de apresentar em sua defesa novos argumentos, não vislumbrados pelo juízo nos feitos anteriores, bem como preliminares e alegações peculiares ao caso em debate. No entanto, o que o art. 285-A, caput, autoriza é justamente a prolação de sentença julgando totalmente improcedente o pedido do autor. Assim, não haveria qualquer prejuízo ao réu, que não poderia obter provimento jurisdicional mais benéfico do que a improcedência *in totum*. Aliás, o que se nota é verdadeiro benefício, ao privar o demandado de eventuais despesas, por exemplo, com advogado, preparação de defesa e locomoção, bem como preocupações decorrentes de estar sendo ajuizado<sup>14</sup>.

Portanto, como referimos em obra anterior, entendemos que o artigo 285-A/CPC não viola o princípio do contraditório, porque o seu nítido objetivo é a efetividade do processo em demandas que tenham por objeto casos idênticos. O dispositivo legal, ora comentado, pode significar uma redução de tempo de até mais de cinco anos em alguns Estados brasileiros (tempo de duração de um processo no primeiro grau de jurisdição). A opção do legislador foi bastante clara: entre proporcionar ao réu a mesma defesa já deduzida em outras demandas por outros réus, a produção dos mesmos meios de prova, repetição dos mesmos atos, quando de antemão já se sabe o julgamento do feito e reduzir-se o tempo de duração do processo, a escolha foi pela última hipótese<sup>15</sup>.

---

convencer o órgão jurisdicional da argumentação exposta na inicial (A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A do CPC): resposta à crítica de José Tesheiner, Revista de Processo, n. 144, p. 105).

- 14 Terceira fase da reforma do código de processo civil, v. 02, São Paulo: Método, 2006. p. 35. Neste mesmo sentido é a manifestação de Fredie Didier Jr., afirmando: “não há qualquer violação à garantia do contraditório, tendo em vista que se trata de um julgamento pela improcedência. O réu não precisa ser ouvido para ser vitorioso. Não há qualquer prejuízo para o réu decorrente da prolação de uma decisão que lhe favoreça”(A terceira etapa da reforma processual civil, Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58).
- 15 SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reforma Processual Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 210-211.



Assim, na hipótese prevista no artigo 285-A/CPC, a escolha do legislador foi a de preservar o princípio da duração razoável do processo, em razão da efetividade. Da mesma forma, os postulados da ampla defesa e do devido processo legal não restam violados pela aplicação do art. 285-A/CPC, na medida em que estes preceitos podem, e até devem, observar as regras infraconstitucionais que lhe servem de regulamentação.

Já Paulo Roberto de Gouvêa Medina entende que o julgamento *prima facie* representaria uma restrição exagerada ao direito de ação, argumentando:

Na medida em que se impede a instauração regular do processo, a pretexto de que a questão jurídica suscitada no pedido já recebeu do Juízo solução contrária, o que se esta estabelecendo, de forma iniludível, é uma desarrazoada restrição ao direito de ação, pela via oblíqua de um expediente que não permite o exame de aspectos peculiares da causa, porventura, presente e que, talvez, levassem o juiz a decidir noutro sentido<sup>16</sup>.

Não compartilhamos desta opinião, pois entendemos que o julgamento *prima facie* não afasta, restringe ou inviabiliza o direito de acesso ao Judiciário. Tal direito poderá ser exercido de forma tradicional, propiciando uma clara resposta jurisdicional, o que potencializa ainda mais o direito de ação, visto que evita o alongamento desnecessário do procedimento em sede de primeiro grau de jurisdição. Acrescenta-se ainda que o direito constitucional de ação deva ser compreendido e exercido em combinação com o também constitucional direito à razoável duração do processo.

## 2 ANÁLISE DO ARTIGO 285-A DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### 2.1 PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DO JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA

De acordo com a dicção legislativa verifica-se a necessidade da presença de requisitos específicos para que tenha oportunidade o julgamento *prima facie*. O primeiro pressuposto verificado no dispositivo legal é a *causa repetida*, ou seja, que a demanda reproduza questão já

16 MEDINA, Paulo Roberto de Gouvea. Sentença emprestada: uma nova figura processual. *Revista de Processo*, n. 135, p. 155.

debatida anteriormente no juízo. Esta situação é típica de litígios de massa, como aqueles que se verificam comumente em demandas previdenciárias, tributárias, administrativas, no âmbito do direito público<sup>17</sup>. No âmbito do direito privado, as ações repetitivas ocorrem com mais frequência nas questões bancárias, consumeristas, envolvendo administradoras de cartões de crédito, entre outras situações que se repetem constantemente em juízo e que, em tese, poderiam ser objeto de uma única demanda coletiva.

Para indicar este requisito o legislador utilizou-se, entretanto, de uma expressão bastante infeliz - “outros casos idênticos”, quando poderia ter optado pela utilização de uma expressão mais adequada, como “questão jurídica objeto de demandas semelhantes”<sup>18</sup>. Entretanto, não se pode, neste aspecto, confundir a expressão legislativa ‘casos idênticos’ com ‘ações idênticas’, ou seja, que tenham mesmas partes, causa de pedir e pedido (art. 301, § 2º/CPC), pois nesta situação cabe ao juiz simplesmente rejeitar a segunda demanda em função do reconhecimento de litispendência ou de coisa julgada, extinguindo processo sem julgamento do mérito (art. 301, V e VI, e § 1º e 3º/CPC). Como enfatiza Cassio Scarpinella Bueno “os processos repetitivos regrados pelo art. 285-A são identificados pela repetição de uma mesma tese jurídica e não porque são as mesmas partes litigando entre si pelas mesmas razões e para os mesmos fins”<sup>19</sup>. Buscando esclarecer a redação normativa, Luiz Wambier, Tereza Wambier e Luiz Medina explicam que:

Por casos idênticos haver-se-á de entender aqueles em que se repitam as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, que me nada se difiram numa e noutra situação. Para que se identifique tal identidade, não

- 17 Rodrigo Klippel e Elvino Ferreira Sartório, ao analisarem o art. 285-A/CPC, põem em destaque a sua aplicabilidade frente a questões que envolvem o Poder Público: “embora, em um primeiro momento, possa-se identificar esse movimento pela aceleração do procedimento judicial como o motor da reforma que se comenta, é óbvio que o art. 285-A parece ter outra motivação especial: será de grande valia para o Poder Público. Explica-se. Na práxis forense é bastante comum que os particulares busquem a tutela dos alegados direitos materiais, surgidos em situações semelhantes, em face do Poder Público. São comuns demandas previdenciárias, relativas ao fornecimento de remédios, à concessão de Certidão Negativa de Débito, dentre outras. A partir da vigência do novel dispositivo, uma vez fixado, em tais demandas, um entendimento favorável ao Poder Público, acerca destas questões comumente levantadas, tornar-se-á mais simples e bem menos dispendiosa para o Estado a sua defesa. Essa realidade se tornará ainda mais nítida naquelas estruturas jurisdicionais mais enxutas, em que haja poucos órgãos jurisdicionais com competência específica para tratar dos feitos da Fazenda Pública” (*A aplicação do art. 285-A ao julgamento dos mandados de segurança de competência originária dos tribunais, Atualidades do Processo Civil*, v. 1, Coordenação de Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, Curitiba: Juruá, 2006. p. 394).
- 18 Neste sentido é a lição de Fredie Didier Jr. *A terceira etapa da reforma processual civil*. Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr e Marcelo Abelha Rodrigues, São Paulo: Saraiva, 2006. p.58.
- 19 BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70.

basta que tais ações tenham o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. Mais que isso, os fundamentos jurídicos integrantes da causa de pedir e do pedido de tais ações também devem ser idênticos<sup>20</sup>.

Desta forma, para que se possa reconhecer a ocorrência de ‘casos idênticos’ a justificar o julgamento de improcedência *prima facie* é indispensável que a demanda em questão funde-se exatamente nos mesmos argumentos da sentença anterior de improcedência utilizada como paradigma<sup>21</sup>. Se houver novo fundamento/argumento jurídico sendo invocado, não poderá ter incidência o art. 285-A/CPC. Portanto, a identidade de casos deverá ser evidente, ou seja, passível de ser verificada de imediato.

Assim, o legislador buscou referir-se, simplesmente, à existência de similitude entre o pedido e a causa de pedir próxima, mesmo que entre partes diversas. Acrescente-se a esta noção a necessidade de serem apresentadas as mesmas teses jurídicas (causa de pedir remota). Somente

20 WAMBIER, Luis; WAMBIER, Tereza; MEDINA, José. *Breves comentários à nova sistemática Processual civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 68. Estes autores ensinam que “não são casos idênticos aqueles relativos a uma mesma tese jurídica, que, no entanto, pode ser genericamente aplicada a uma variedade de casos. Por exemplo, se o juiz rejeitou uma ação de indenização por danos morais decorrente do protesto indevido de duplicata, porque o autor já tinha outros títulos protestados, não poderá valer-se da mesma tese jurídica para rejeitar ação de indenização por danos morais por apresentação de cheque pós-datado antes da data apazada, em caso em que o autor já tinha outros cheques devolvidos por falta de fundos. Assim, em situações como a ora exemplificada, muito embora o mesmo raciocínio jurídico possa ser usado pelo juiz, mutatis mutandis, na sentença a ser proferida na segunda ação, tais causas não serão idênticas, não se autorizando a incidência do art. 285-A” (p. 68-69).

21 Maria Lúcia L. C. Medeiros, entretanto, apresenta preocupação mais criteriosa em relação à aplicação da técnica do julgamento *prima facie*: “idênticas, para fins da incidência da regra do art. 285-A, são ações que não tenham, entre si, qualquer peculiaridade, especificidade, no aspecto fático e jurídico. E, aqui, cumpre fazer uma observação que nos parece importante. Suponha-se que A promove ação contra B, com fundamento na regra do art. Y do CTN e na regra do art. W da Constituição Federal e o juiz julga a ação improcedente com base na regra Z da Constituição Federal. Também D promove contra B ação sob os mesmos fundamentos e o juiz profere, igualmente, sentença de improcedência com base na regra Z da Constituição Federal. Pois bem. Posteriormente, J promove contra B, ação declaratória de inexistência de débito fiscal de natureza X, sob o fundamento do art. Z da Constituição Federal, o mesmo pelo qual o juiz julgou improcedente as duas ações anteriores. Entendemos que não é porque o juiz, nas duas ações anteriores, julgou improcedente o pedido com base num fundamento jurídico invocado por ele, de ofício, e não pelas partes, que poderá aproveitar-se da regra do art. 285-A para, sem citar o réu B, julgar improcedente ação proposta por J., a respeito da exação CX, tachando-a de inconstitucional por ofender a regra Z da Constituição Federal” (Considerações sobre o deferimento, a emenda e o indeferimento liminar da petição inicial, e o que as Leis 11.277/2006 e 11.280/2006 introduziram de novidade quanto ao tema. *Revista de Processo*, n. 136, p. 140). A nossa visão, no entanto, é em sentido oposto, pois aparentemente no caso em questão não há nada que impeça o juiz de realizar a devida aplicação do julgamento de improcedência *prima facie*.

com a exigência de que as teses jurídicas apresentadas sejam as mesmas é que ganha sentido o julgamento *prima facie*<sup>22</sup>.

Entretanto, não basta que a demanda reproduza ações massificadas, é necessário que o juízo em questão já tenha fixado entendimento em relação a esta matéria, em sentido diverso daquele pretendido pelo autor a demanda *sub judice*, ou seja, que tenha havido julgamento pela improcedência. Cabe apontar que a expressão legal “no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência” deve ser compreendida no sentido de que já existe sentença em casos semelhantes de total improcedência, proferida pelo juiz da causa. Não houve muita precisão técnica do legislador, mas deve ser compreendido que a expressão *juízo* está a significar mesmo juiz. Entendimento em sentido diverso, ou seja, aceitando a utilização de precedentes no mesmo juízo nas referentes a sentenças de outro julgador não se coaduna com o sentido que se quer expressar com a autorização para a sentença *prima facie*, pois o que se quer é evitar o alongamento da demanda quando o julgador já teve oportunidade de refletir sobre a questão e de assumir determinado posicionamento. Aceitar um *entendimento emprestado* iria desvirtuar o sentido da reforma<sup>23</sup>.

A expressão ‘sentença de improcedência’ refere-se à decisão que tenha julgado o mérito, deixando de acolher a tese ora levantada pelo demandante. Neste caso incluem-se, naturalmente, os casos de reconhecimento de ocorrência de decadência ou prescrição, por força do

22 Neste sentido a lição de Ruy Zoch Rodrigues, ao analisar o texto do art. 285-A do CPC: “o máximo que se pode chegar é afirmação de que ‘casos idênticos’ significam, em nível de institutos convencionais do processo, demandas que apresentam ‘causas de pedir’ similares” (*Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 157).

23 Em sentido contrário manifesta-se Jean Carlos Dias: “por uma interpretação sistemática, parece-nos que o dispositivo deve ser interpretado na primeira acepção que antes nos referimos; o argumento é simples, como a atuação processual tal como regulada no nosso Código não é da ‘pessoa’ nas do órgão que ela incorpora, é razoável supor que a expressão utilize como referência a unidade funcional da jurisdição, como de resto o fazem as regras processuais, notadamente as relacionadas à competência; A ‘pessoa’ do titular do órgão somente é efetivamente relevante quando se cogita da possibilidade de estar em risco a imparcialidade e, mesmo assim estritamente por atingir um dos primados da jurisdição no Estado Democrático de Direito. Não se pode deixar de ressaltar que subjaz, a essa disposição, uma intencional busca por equalização dos julgamentos. Na medida em que seja fixada essa possibilidade, sugere-se a perspectiva de oferecer um julgamento, nas instâncias ordinárias, mais padronizado, sendo a sentença-tipo o instrumento para tanto. Por outro lado, embora a tal padronização não seja obrigatória, pois se trata de faculdade do julgador, a tendência é que efetivamente as sentenças-tipo sejam adotadas de modo recorrente de modo a constituir uma ‘posição do juízo’ que será sem dúvida significativa do ponto de vista da resolução igualitária dos conflitos” (*A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei n. 11.277, Revista Dialética de Direito Processual Civil*, n. 37, p. 67).

disposto no artigo 269, IV/CPC. Esta improcedência deve ser integral. Como lembra Cassio Scarpinella Bueno “a total improcedência só pode ser entendida como rejeição total do pedido do autor. O autor, dirá a sentença, não tem direito nenhum, nada do que ele afirma (e comprova) com sua petição inicial merece guarida perante o juiz”<sup>24</sup>. Note-se novamente o desapego do legislador à boa técnica, pois a expressão “sentença de total improcedência” não é de uso corrente na nossa prática jurídica. Costuma-se referir a sentença de procedência, parcial procedência ou improcedência. Certamente que a intenção do legislador foi apenas de frisar que na sentença paradigma foi integralmente rechaçada a pretensão em questão.

Considerando a dicção legislativa, no sentido de utilização da expressão - *sentenças de total improcedência* - no plural, é exigível a existência de pelo menos dois casos anteriores onde tenha o magistrado registrado o seu entendimento no sentido de negar a pretensão em questão, embora possa ser utilizada como *sentença paradigma* apenas uma destas decisões.

Registre-se que, como referido anteriormente, em nenhum momento foi determinado pelo legislador que para a aplicação da técnica do julgamento liminar tenha o julgador que fundar-se ou buscar inspiração em entendimento majoritário ou sumulado de Tribunal. Não é este o objetivo da norma. O que se quer aqui, não é criar um atrelamento da decisão do juiz singular à visão jurídica presente nos tribunais, e sim, simplesmente, evitar o desdobramento de um feito de forma desnecessária, quando o julgador em questão já possui posicionado firmado sobre a matéria. O objetivo é racionalizar o tempo no processo. A vinculação da decisão do julgador a entendimentos sumulados ou majoritários é tema que se ocupam outras disposições do Código (art. 557 e art. 518/§ 1º, CPC, *v.g.*). Veja-se que há, inclusive, a possibilidade de aplicação do art. 285-A/CPC nos casos em que o entendimento do juiz singular está

24 BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69. Segundo este autor “esta total improcedência pode receber determinadas variantes de acordo com as situações concretas sem que isto, por si só, afaste a aplicação do art. 285-A. Assim, por exemplo, se a anterior sentença rejeitar um determinado pedido (correção monetária do período ‘1’) mas o novo processo cumular a este um outro pedido, relativo a correção monetária do período ‘2’. O caso é de rejeição parcial da petição inicial. O processo, nestas condições, prosseguirá com a citação do réu para defender-se do pedido não rejeitado (referente à correção monetária do período ‘2’), o que não significa dizer que o autor não poderá apresentar recurso de agravo de instrumento contra aquela decisão de indeferimento parcial da petição inicial” (p. 69). Apesar da proposta do autor ser bastante interessante, entendemos que tal raciocínio vai além dos limites da inovação legislativa. Não houve a criação do julgamento parcial *prima facie*, de forma que este ‘indeferimento parcial da inicial’ não se mostra possível. Note-se ainda a ressalva da dicção legislativa referentes a ‘casos idênticos’.

em sentido contrário ao encontrado nos tribunais, ou mesmo quando as suas sentenças anteriores, que servem como paradigma, tenham sido reformadas em grau recursal<sup>25</sup>. No entanto, não se pode olvidar da existência de orientação diversa, balizada na busca de preservação do princípio da isonomia. Essa é a lição de Leonardo José Carneiro da Cunha, afirmando: “ainda que o juízo tenha proferido várias sentenças de total improcedência em casos idênticos, não deve aplicar o art. 285-A do CPC, se houver súmula ou jurisprudência dominante, em sentido divergente, do tribunal ao qual está vinculado ou de tribunal superior. Aplicar o art. 285-A do CPC, quando há súmula ou jurisprudência dominante do tribunal em sentido contrário, longe de racionalizar o julgamento de demandas de massa, significa contribuir para um processo com dilações indevidas, atentando contra o princípio da duração razoável dos processos, além de conspirar em favor de eventuais divergências jurisprudenciais, com manifesta desatenção ao princípio da isonomia”<sup>26</sup>.

Ruy Zoch Rodrigues, por sua vez, ao analisar, e criticar, a questão da eventual vinculação da aptidão de realização do julgamento de improcedência *prima facie*, lembra ainda que fosse o caso de vincular sua incidência às súmulas ou mesmo jurisprudência dominante, a norma acabaria funcionalizada aos casos de intensa repetitividade. A desvinculação aos precedentes e entendimentos majoritários dos Tribunais Superiores permite que a aplicação do art. 285-A/CPC se

25 Em sentido contrário manifesta-se Maria Lúcia L. C. Medeiros, afirmando: “o bom sendo e uma interpretação sistemática de todas as leis por meio das quais vem sendo realizada a reforma do CPC, levam ao entendimento de que o juiz, para fazer valer a regra do art. 285-A, deverá aguardar, no mínimo, a manifestação do Tribunal local sobre a matéria em discussão. Tendo o juiz julgado duas ou mais ações idênticas (no sentido da regra do art. 285-A), para valer-se da possibilidade de indeferimento liminar deverá aguardar que, em pelo menos uma delas, tenha havido manifestação do Colegiado local, respaldando seu entendimento, porque o que se parece pretender com a regra é prestigiar a uniformidade de tratamento de questões jurídicas idênticas e não atribuir poderes ilimitados ao juiz de primeiro grau, para criar sua própria jurisprudência! Esse, como se afirmou, é o cuidado mínimo que o juiz deve tomar, não se precipitando ao aplicar a regra do art. 285-A. Para o juiz indeferir a petição inicial com base no art. 285-A, deve ter dado oportunidade, antes, para o amplo contraditório em processos anteriores, de fora a que o juiz tenha tido condições de amadurecer seu posicionamento, analisando variados argumentos e contra-argumentos apresentados pelas partes nos processos anteriores. Ou seja, é necessário, por exemplo, em face da edição de uma nova lei tributária, que aguarde aquela fase de amadurecimento da interpretação pela qual toda lei nova passa. Por isso, o melhor entendimento do art. 285-A é aquele restritivo, de que o juiz só faça uso dessa regra, em verdade, quando os Tribunais Superiores já se tenham pronunciado a respeito” (Considerações sobre o deferimento, a emenda e o indeferimento liminar da petição inicial, e o que as Leis 11.277/2006 e 11.280/2006 introduziram de novidade quanto ao tema. *Revista de Processo*, nº 136, p. 142-143).

26 CUNHA, Leonardo José Carneiro de. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, n. 179, p. 139.

ancore em precedentes locais, o que aumenta consideravelmente o seu espectro de incidência, incluindo aquelas outras repetitvidades fora do núcleo do direito coletivo, que se aproximam da jurisdição convencional<sup>27</sup>.

O segundo requisito a ser verificado é referente à matéria controvertida ser apenas de direito, ou seja, fica afastada a incidência do artigo 285-A/CPC nos casos que envolverem prova diversa da documental. A escolha realizada pelo legislador lembra em muito a opção feita em relação ao julgamento antecipado da lide, consagrado no art. 330, I/CPC, onde há referência expressa ao juiz poder conhecer diretamente do pedido, proferindo de imediato, sentença, quando a questão de mérito for unicamente de direito. Entretanto, a utilização da expressão matéria *unicamente de direito* é merecedora de críticas, pois não como se divorciar o direito da realidade fática que cerca a sua realização. Certamente teria andado melhor o legislador reformista se tivesse se valido da expressão *matéria preponderantemente de direito*, fazendo assim referência às situações onde não há necessidade de dilação probatória, limitando-se o julgador a realizar a interpretação da lei a ser aplicada ao caso concreto. São situações onde a matéria fática está suficientemente demonstrada, não havendo qualquer outra questão a não ser da escolha a norma a ser aplicado ao caso. Na síntese de Jean Carlos Dias “*a causa de pedir da demanda deve estar assentada exclusivamente sobre interpretação e aplicação de normas, seja, regras ou princípios, que não dependam da demonstração de questões fáticas*”<sup>28</sup>.

É certo que não existem matérias puramente jurídicas, pois os fatos integram o fenômeno jurídico e, inevitavelmente, estes, serão trazidos à demanda. O que se requer, para a realização do julgamento liminar de improcedência, é a dispensa da necessidade de dilação probatória. Em não ocorrendo esta hipótese não resta alternativa além do reconhecimento da nulidade do ato sentencial.

Seguindo na decomposição do comando normativo esculpido no artigo 285-A/CPC percebe-se aqui outra imprecisão terminológica do legislador ao referir-se a ‘*questão controvertida*’, pois esta ainda não existe sem a oportunidade da contestação. Como enfatizam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery a norma padece de falta de técnica, pois somente a citação válida torna a coisa litigiosa (art. 219, caput/CPC),

27 RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 162.

28 DIAS, Jean Carlos. A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei n. 11.277, *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, n. 37, p. 63.

e como a norma prevê decisão judicial sem a citação do réu, a matéria não se tornou ainda controvertida<sup>29</sup>. “Seria mais adequada, portanto, a referência à matéria objeto da causa”. A noção de matéria de direito é aquela relativa a interpretação de determinado dispositivo legal, sem que se tenha que realizar análise de questões fáticas<sup>30</sup>. Não há dúvidas quanto a matéria de fato, mas sim em relação a como interpretar a incidência da norma sobre estes.

## 2.2 A SENTENÇA NO JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA PRIMA FACIE

Recebida a inicial e verificando-se a incidência dos requisitos acima apontados para a aplicação do disposto no artigo 285-A/CPC o julgador estará autorizado a proferir sentença de improcedência de forma imediata, sem a prévia necessidade de citação do réu. A aplicação deste dispositivo resolve, assim, em primeiro grau de jurisdição, o mérito da causa. Mas esta resolução deve ser integral, com a extinção do feito. Não está autorizada a aplicação da decisão de improcedência *prima facie* parcial, de forma interlocutória, em que pese a existência de posicionamento abalizado neste sentido<sup>31</sup>.

Tendo em consideração a dicção legislativa e o próprio sentido que acompanha esta técnica de julgamento, a aplicação da improcedência *prima facie*, com a emissão de sentença liminar não é de aplicação obrigatória, pois nada obsta que o julgador, entendendo necessário

29 NERY JUNIOR, Nelson; NERI, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 482.

30 Cassio Scarpinella Bueno explica que “não há, propriamente, uma questão unicamente de direito no sentido que consta da regra aqui comentada. Ela, a questão, é, no máximo, predominantemente de direito porque a mera existência de um autor, de um réu e de um substrato fático que reclama a incidência de uma norma jurídica já é suficiente para que haja questão de fato no caso concreto. Mas, e aqui reside o que releva para a compreensão do art. 285-A, esta questão de fato é alheia a qualquer questionamento, a qualquer dúvida, ela é padronizada ou, quando menos, padronizável; ela, a situação de fato, não traz, em si, maiores questionamentos quanto à sua existência, seus contornos e seus limites. O que predomina, assim, é saber qual o direito aplicável sobre aqueles fatos que não geram dúvidas, que não geram controvérsia entre as partes e perante o juiz” (*A nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 68).

31 Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery mostram-se favoráveis à sentença de improcedência *prima facie* parcial. Vejamos: “o julgamento do pedido repetitivo, por reprodução de sentença anterior, pode dar-se por nova sentença ou por decisão interlocutória, conforme se trate de a) um pedido só, idêntico ao anteriormente julgado improcedente no mesmo juízo (sentença). Ou b) de vários pedidos cumulados na mesma petição e o juiz reproduza a sentença anterior quanto um ou alguns deles (decisão interlocutória)” - *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 483.



ou prudente, instaure o contraditório, mesmo frente à presença dos requisitos para proferir decisão sentencial de imediato. Entendimento contrário estaria a tolher, com exagero, a liberdade do julgador.

Cabe salientar que o texto do art. 285-A/CPC não pode levar a conclusão de que foram dispensados os requisitos formais do ato sentencial, o qual, nos termos do art. 458/CPC, deverá conter o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Assim, a fim de evitar a ocorrência de ‘*sentença emprestada*’, o julgador deverá expressar adequadamente os motivos que o levaram a reconhecer a ocorrência de ‘identidade de causas’. Agir de forma diversa ensejaria violação do princípio constitucional da motivação, consagrado no artigo 93, IX/CF<sup>32</sup>. Desta forma, ao proferir a sentença o julgador deverá inicialmente fazer a demonstração da presença dos requisitos que ensejam a incidência do artigo 285-A/CPC. Vencida esta etapa, caberá ao juiz transcrever os termos da sentença utilizada como paradigma, na íntegra, para, finalmente, proferir o comando sentencial no dispositivo<sup>33</sup>. Como lembra Jean Carlos Dias a dicção legislativa não autoriza a simples juntada de uma cópia reprográfica da sentença tida como paradigma, mas sim que o seu teor, o seu conteúdo, seja reaproveitado para solucionar a nova demanda<sup>34</sup>.

Em função do fato do julgador valer-se de sentença anteriormente proferida alguns autores têm utilizado a expressão *sentença emprestada*<sup>35</sup>.

32 Neste sentido é a lição de Cassio Scarpinella Bueno: “o que deve ser feito, contudo, não obstante o silêncio da regra, é que o juiz prolator da sentença diga por que o ‘processo novo’ admite sua rejeição liminar nos moldes do art. 285-A, providência inafastável à luz do ‘modelo constitucional do processo civil’ (princípio da publicidade e da motivação, art. 93, IX, da Constituição Federal), o que o levará, e qualquer caso, a justificar concretamente a aplicação da regra. Terá de dizer, portanto, que o caso não traz, em si, nenhuma diferença em relação aos demais julgados, motivando, neste sentido, o seu proceder” (*A nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 70/71).

33 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias apresenta sugestão que particularmente não concordamos. Segundo o autor “se o juiz curvar-se a sua aplicação, deverá, antes de prolatar a sentença emprestada ou clonada, determinar ao escrivão ou chefe de secretaria que faça juntar cópia da sentença proferida em caso idêntico anterior (a entendida sentença paradigma ou sentença modelo), intimado o autor, sob vista imediata, para se pronunciar a respeito. A fim de se preservar a garantia constitucional do contraditório, em concepção científica atual, ou seja, possibilita ao autor a oportunidade de influir no sentido de uma decisão favorável ao seu interesse, a fim de que o procedimento guarde a indispensável sintonia técnica como devido processo constitucional” (*As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional, Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.233).

34 DIAS, op. cit., p. 68.

35 Esta expressão é utilizada, dentre outros autores, por Paulo Roberto de Gouvêa Medina, o qual explica: “verifica-se, assim, a inovação, pelo juiz, no ato de decidir, de sentença prolatada em outro processo, com a transposição de seu teor para os autos da nova ação ajuizada. Vale-se o juiz do mesmo expediente que as partes, em certas circunstâncias, podem utilizar para trazer de um processo os elementos de prova ali

Entendemos que esta nomenclatura mostra-se pejorativa e inadequada, pois na verdade não será ‘tomada por empréstimo’ uma sentença anterior, e sim esta servirá como paradigma, sendo transcrita no corpo da sentença atual. Ressalte-se que nada impede que o julgador colacione ainda outros fundamentos que entenda adequados, reforçando aqueles que serviram de referência para a sentença tomada como paradigma e ora transcrita.

Considerando que não houve a formação da relação jurídica processual, pois o réu ainda não foi citado, não há motivos para a condenação de honorários sucumbenciais, os quais somente deverão ser fixados por oportunidade do julgamento da apelação pelo tribunal competente.

Na hipótese de inexistência de recurso, transitada em julgado a decisão do julgador de primeiro grau que proferiu sentença *prima facie*, será necessário dar ciência ao réu, face à ocorrência de coisa julgada material. Pode-se, aqui, tomar por parâmetro a previsão do artigo 219, § 6º/CPC, no pertinente ao indeferimento da inicial face ao reconhecimento da prescrição, determinando que passada em julgado a sentença, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento.

### 2.3 A SISTEMÁTICA RECURSAL NO JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA PRIMA FACIE

Uma vez que o provimento jurisdicional do julgamento *prima facie* representa sentença (art. 162, § 1º/CPC), o meio recursal adequado para ser manejado pela parte sucumbente será o recurso de apelação, no prazo de quinze dias. Trata-se, entretanto, de uma terceira espécie de apelação, que vem fazer companhia às apelações tipificadas nos artigos 296 e 513 do Código Processual. Esta forma certa similitude com a previsão recursal do artigo 296/CPC, na medida em que propicia o juízo de retratação

---

produzidos e que serão, igualmente, úteis nos autos de outro processo em que os fatos a provar sejam os mesmos. Assim, como neste caso emprega-se, com observâncias de determinadas condições, a chamada prova emprestada, assim também, na hipótese de extinção liminar do processo com fundamento em sentença anteriormente proferida sobre a mesma questão de direito, pode-se falar na utilização de uma sentença emprestada” (Sentença emprestada: uma nova figura processual, Revista de Processo, n. 135, p. 153). Já Ronaldo Bretas de Carvalho Dias prefere o uso da expressão sentença clonada, justificando a utilização desta nomenclatura pelo fato da sentença posterior, copiada, tornar-se verdadeiro clone da sentença anterior (As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional, Processo Civil Reformado – Belo Horizonte: Del Rey. p.230). Jean Carlos Dias optou pela utilização da designação sentença-tipo (A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei n. 11.277, Revista Dialética de Direito Processual Civil, n. 37, p. 63).

do julgador, mas afasta-se desta possibilidade quando determina que em caso de não ocorrência do juízo retratatório pelo julgador singular, o réu será citado para apresentar contrarrazões recursais. Comparem-se os dois textos: art. 285-A, §1º. “Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de cinco dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”; já o artigo 296/CPC determina: “Indeferida a petição inicial, autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), reformar a decisão. Parágrafo único: Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente”. A distinção em questão encontra plena justificativa na medida em que na análise do mérito pelo tribunal pode haver inversão do resultado da demanda, dando ganho de causa ao autor, o que exige a indispensável oportunidade do réu participar do feito, com a apresentação de contrarrazões recursais à apelação.

Note-se que também a distinção em relação ao prazo indicado para o julgador proceder ao juízo retratatório, o que, como já referimos anteriormente, não passa de letra morta da lei, pois além de serem ambos os prazos razoavelmente curtos para a prática do ato, acabam por se tornar inexigíveis, pois não sobre preclusão em relação a eles, servindo apenas com meros prazos indicativos (ou melhor, desejáveis). Trata-se de prazo impróprio, cujo descumprimento não acarreta consequência processual relevante. Se for verificável que assiste razão ao apelante, por óbvio o julgador estará autorizado a se retratar. Como referiu Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em comentários ao artigo 296/CPC, é admissível a retratação enquanto os autos, como recurso de apelação, não subirem ao tribunal<sup>36</sup>. Valendo-se da mesma lógica, enquanto o juiz, no caso do artigo 285-A/CPC não determinar a citação do réu para a apresentação das contrarrazões recursais, poderá, então, se retratar, e determinar o prosseguimento do feito no primeiro grau de jurisdição.

36 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Os autores explicam: “interposta a apelação pelo autor, o juiz tem quarenta e oito horas de prazo para proferir decisão na fase de retratação, contato do termo de conclusão dos autos. Abre-se, aqui, exceção ao CPC 189 II, que prevê o prazo de dez dias para o juiz proferir decisão. Trata-se de prazo impróprio, porque, se descumprido, não há consequência processual relevante. Será conspirar contra a economia processual entender-se que o juiz, depois de ultrapassadas as quarenta e oito horas, não possa retratar-se. Verificado que assiste razão ao autor apelante, deve o juiz retratar-se, evitando a continuação do procedimento recursal, em flagrante e intolerável perda de tempo. É admissível a retratação enquanto os autos, com o recurso de apelação, não subirem ao tribunal ad quem” (p. 491)

Se não houver juízo de retratação, sendo mantida a sentença, o recurso de apelação será, então, processado, com a citação da parte demandada para respondê-lo, oferecendo contrarrazões recursais. Neste aspecto a previsão legislativa não parece ser a mais adequada, pois tecnicamente não seria caso de citação, e sim de intimação. De acordo com a nossa sistemática processual *citação é o ato pelo qual se chama à juízo o réu ou o interessado a fim de se defender* (art.213/CPC), o que definitivamente não é o caso. O réu é chamado ao feito para apresentar contrarrazões de apelação, pois não há motivos e nem oportunidade para defesa frente a uma sentença de mérito que lhe é favorável. Assim, a forma adequada seria a intimação, que nos termos do disposto no artigo 234/CPC é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa. É exatamente essa a situação criada no art.285-A/CPC, pois o réu toma ciência do recurso de apelação, assumindo o ônus processual de respondê-lo.

A eventual omissão do réu em atender a essa citação jamais poderá ocasionar-lhe os efeitos da revelia, pois esta deve ser entendida apenas como consequência da não apresentação de contestação (art. 319/CPC). Na sua manifestação não será oportuno ao réu opor-se ao julgamento de improcedência *prima facie* em questão, pois não lhe causou sucumbência. Caberá apenas ao recorrido, além de reforçar os termos da sentença, tecer outros argumentos que auxiliam na rejeição da tese do autor e postular a condenação do apelante nas verbas da sucumbência.

Como afirma Fredie Didier Jr. *“as contra-razões do réu terão conteúdo muito semelhante ao de uma contestação, uma vez que se trata de sua primeira manifestação. Além disso, o réu defenderá a sentença, reforçando a argumentação do magistrado”*<sup>37</sup>. Considerando tal fato, é mister que no ato citatório fique bem esclarecido ao réu está tendo ciência formal do processo não para contestá-lo, e sim para apresentar contra-razões de apelação, que, pela aplicação analógica do artigo 241/CPC, começará a

37 A terceira etapa da reforma processual civil, JORGE Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 59. Este autor complementa: “como se trata de causa cujo julgamento dispensa a produção de outras provas (porque as questões de fato se provam documentalmente), não assustará se o tribunal, acaso pretenda reformar essa sentença, em vez de determinar a devolução dos autos à primeira instância, também examine o mérito e julgue procedente a demanda, sob o argumento de que o réu já apresentou defesa (em forma de contra-razões) e a causa dispensa atividade probatória em audiência (está pronta para ser decidida, em uma aplicação analógica do art. 515, § 3º, do CPC). É possível que os tribunais interpretem o dispositivo desta maneira; por isso o réu, em tal situação, deverá fazer as suas contra-razões considerando essa circunstância. Veremos o sentido para onde a jurisprudência vai apontar” (p. 59-60).

fluir a partir da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido.

Voltando ao tema do recurso de apelação, este deverá atender aos pressupostos recursais gerais, como tempestividade, adequação, legitimidade, inclusive ao preparo, que eventualmente poderá ser restituído, em caso de ter ocorrido juízo de retratação do julgador, uma vez que com esse ato o próprio juiz da causa corrige a sua decisão anterior, de forma que não poderá a parte restar prejudicada economicamente pela falha na prestação da jurisdição. Procedida à retratação retorna-se ao *status quo* anterior, ficando sem efeito a apelação interposta. Há ainda quem defenda que o preparo recursal, neste caso, possa ser reaproveitado em eventual apelação posterior<sup>38</sup>.

Neste recurso de apelação a argumentação do apelante será, portanto, livre, possibilitando as mais diversas estratégias:

- (a) poderá o recorrente opor-se, ao mesmo tempo, em relação à opção do julgador de primeiro grau, no sentido de ter proferido a sentença de mérito imediata, questionando a presença dos requisitos para esta modalidade, como espécie de preliminar recursal, e, na mesma oportunidade, enfrentar o mérito da causa buscando mostrar a injustiça do julgamento;
- (b) há ainda a possibilidade de o recurso enfrentar apenas a aplicação do art. 285-A/CPC, sem enfrentar a questão de mérito, ou; (c) se lhe for conveniente, e valendo-se da vantagem da celeridade processual a seu favor, poderá o demandante questionar apenas a justiça da decisão, mostrando, por exemplo, que a sentença não está de acordo com o entendimento majoritários dos tribunais.

No primeiro caso, o julgamento do recurso pelo tribunal oportunizará, ao órgão colegiado, amplos poderes decisórios, pois se aplicando a regra do *tantum devolutum quantum apelatio*, será analisada preliminarmente a adequada aplicação do artigo 285-A/CPC pelo juiz de primeiro grau. Se o Tribunal entender indevida esta atuação do juiz da sentença, irá cassá-la e devolverá os autos para o regular processamento no primeiro grau de jurisdição, sem ter abordado a questão de fundo.

38 Nesse sentido manifesta-se Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, afirmando: “havendo retratação, o preparo já feito será aproveitado em futura e eventual apelação” (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 483).

Note-se que este julgamento de acolhimento das preliminares recursais, com o afastamento da incidência do art. 285-A/CPC não poderá ser realizado diretamente pelo Relator, por não estar nas possibilidades admitidas pelo art. 557/CPC<sup>39</sup>, pois o nosso sistema não permite ao relator dar provimento de plano frente à mera ilegalidade do ato, mas apenas em relação a sua inconformidade com entendimento de Tribunais Superiores.

Em rejeitando as questões preliminares, o Tribunal passará a abordagem da questão de mérito, quando então poderá confirmar ou negar a sentença. Em ambos os casos, o feito terá o prosseguimento recursal tradicional (embargos de declaração, embargos infringentes, recurso especial ou extraordinário, conforme o caso). Este julgamento poderá, nos termos do disposto no artigo 557/CPC, ser proferido pelo Relator, em decisão monocrática, quando entender ser a apelação manifestamente improcedente, prejudicada, ou procedente, sem confronto com o entendimento dos Tribunais, nos termos do deste dispositivo legal.

No segundo caso, quando o apelante limitar-se a questionar a presença dos requisitos para a aplicação do art. 285-A/CPC, os poderes do órgão *ad quem* ficarão limitados, possibilitando simplesmente a abordagem da legalidade da decisão. Não poderá o Tribunal analisar o mérito da sentença. Entretanto, fica aqui a dúvida sobre os poderes do julgador de segundo grau frente à aplicação das regras sobre a súmula vinculante. Aparentemente, poderá o julgador da apelação corrigir o julgado e aplicar o texto de súmula vinculante, mesmo que a matéria recorrida seja apenas em relação a presença dos requisitos para a aplicabilidade do julgamento de improcedência *prima facie*.

Na última hipótese, onde o apelante questiona apenas a injustiça do julgado, o Tribunal ficará autorizado, por força do disposto no artigo 515/CPC a também analisar a adequação do julgamento de improcedência *prima facie*, pois de acordo com o disposto no § 1º deste artigo, serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. Cabe trazer à colação, aqui, o efeito translativo que acompanha o recurso de apelação, pois a aplicação indevida do artigo 285-A/CPC fere

39 Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Par. 1º.-A. se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. [...]

o princípio constitucional do devido processo legal, questão de ordem pública que não pode passar despercebida pelo Tribunal<sup>40</sup>.

Em retornando os autos para o primeiro grau de jurisdição, nos casos em que o Tribunal cassa a sentença e determina o prosseguimento regular do feito, volta-se ao ato de recebimento da inicial e, portanto, o processo deverá recomeçar a partir deste ato. O julgador de primeiro grau deverá proceder à emissão de despacho de recebimento da inicial. Neste contexto poderão ser verificadas as seguintes possibilidades:

- (a) tendo o réu comparecido ao feito, mediante a devida representação por advogado constituído nos autos, apresentando as oportunas contrarrazões recursais, bastará que se proceda a intimação do demandado, na pessoa de seu advogado, para a apresentação da resposta ao pedido contido na peça inicial;
- (b) no caso de ter o réu se mantido omissivo quando da citação para as contrarrazões de apelação, será necessária nova citação

40 Na explicação de Nerson Nery Junior: “há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão ad quem a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento extra, ultra ou infra-petita. Isto ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, arts. 267, § 3º, 301, par. 4º, ambos do CPC). A translação dessas questões ao juízo ‘ad quem’ está autorizada nos arts. 515, Parágrafos. 1º e 2º, e 516 do CPC. O exame das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo a quo, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso de apelação por força do art. 515, parágrafos 1º e 2º, do CPC. Da mesma forma, ficam transferidas para o tribunal ‘ad quem’ as questões dispositivas que deixam de ser apreciadas pelo juízo de primeiro grau, nada obstante tenham sido suscitadas e discutidas no processo. [...] O poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício as questões de ordem pública não argüidas pelas partes não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso se dá pela atuação do princípio inquisitório e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos. Mesmo porque, efeito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição do recurso, não podendo ser caracterizado quando há omissão da parte ou interessado sobre determinada questão não referida nas razões ou contra-razões do recurso. Esta é a razão pela qual é perfeitamente lícito ao tribunal, por exemplo, extinguir o processo sem julgamento do mérito, em julgamento de apelação contra sentença de mérito interposta apenas pelo autor, não ocorrendo aqui a ‘reformatio in pejus’ proibida: há em certa medida, reforma para pior, mas permitida pela lei, pois o exame das condições da ação é matéria de ordem pública a respeito da qual o tribunal deve pronunciar-se ‘ex officio’ independentemente de pedido ou requerimento da parte ou interessado (art. 267, n. VI e par. 3º, CPC). Dizemos em certa medida porque, na verdade, nem se poderia falar em ‘reformatio in pejus’, instituto que somente se coaduna com o princípio dispositivo, que não é o caso das questões de ordem pública transferidas ao exame do tribunal destinatário por força do efeito translativo do recurso (*Princípios fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 409 e seg.).

deste, para que venha aos autos se defender, com advertência do risco da revelia.

## 2.4 A EXTENSÃO DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A/CPC

O advento do art. 285-A gerou vários debates em relação à extensão de sua aplicabilidade, considerando a localização de sua previsão normativa no contexto do Código de Processo Civil. Entendemos que a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo legal em questão é no sentido de possibilitar a sua aplicação aos mais diversos tipos de procedimentos, pois se trata de regra procedimental de ampla compatibilidade com as diversas formas do nosso sistema. Portanto, o dispositivo em questão tem aplicabilidade em qualquer rito: comum (ordinário ou sumário), juizados especiais (estadual ou federal), procedimentos especiais do Código de Processo Civil ou regulados por leis esparsas (v. g. ação de mandado de segurança)<sup>41</sup>.

Quanto ao processo cautelar, não vislumbramos adequada aplicação desta regra procedimental sobre o julgamento liminar de improcedência, considerando a vinculação desta demanda a um futuro processo de conhecimento, onde, então, poderá ocorrer a aplicação do art. 285-A/CPC. Não se pode olvidar, entretanto, das demandas cautelares que acabam por dispensar a existência de um posterior processo de conhecimento, ou seja, as chamadas cautelares de natureza satisfativa, onde o julgamento de improcedência *prima facie* pode se mostrar oportuno.

Nos feitos de natureza executiva entendemos que não terá incidência do art. 285-A/CPC, pois não há mérito propriamente dito

41 Neste sentido é a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, entretanto, entendendo possível a aplicação do julgamento *prima facie* em sede de processo cautelar e de execução: "Nada obstante o CPC 285-A se localize topicamente dentro do procedimento comum ordinário, do livro do processo de conhecimento, a norma comentada tem natureza jurídica de regra geral do processo e procedimento, motivo pelo qual se aplica a toda e qualquer ação, independentemente da competência do juízo e do rito procedimental que se imprime a ação repetida. Assim, pode ser aplicada a regra da improcedência da ação repetida nos processos de conhecimento, cautelar e de execução, nos procedimentos comum (ordinário e sumário) e sumaríssimo (v.g. juizados especiais federal e estadual), assim com nas ações que se processam por rito especial (v. g. CPC 890- et seq. , mandado de segurança, ação civil pública, ação popular, ação coletiva, ações de locação, ações falências, ação de embargos do devedor, etc.) É admissível a aplicação do art. 285-A nos processos de competência da justiça comum (federal e estadual) e da justiça especial (e. g. Justiça do trabalho – CLT 769). A incidência da norma comentada dá-se, também, no âmbito dos tribunais, para as ações de sua competência originária" (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 483).



sendo discutido<sup>42</sup>. Entretanto, em havendo a interposição de embargos à execução, neste poderá ser utilizado o julgamento *prima facie*.

### 3 O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

Os olhares dos estudiosos de direito vêm acompanhando, atentamente, o projeto de criação do novo Código de Processo Civil, que tramita no Congresso Nacional. Trata-se de iniciativa legislativa elaborada por uma comissão de notáveis juristas, nomeada pelo Senado Federal<sup>43</sup>, com a tarefa de elaboração de um diploma processual mais moderno e apto a atender aos anseios da sociedade atual, bem como de uma codificação que viabilize a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, sem se descuidar do apego às garantias constitucionais de uma tutela estatal justa.

Com o objetivo de melhor cumprimento da importante tarefa que lhe foi confiada, a Comissão de Juristas encarregada da redação inicial do projeto de novo Código de Processo Civil, presidida pelo Ministro Luiz Fux, submeteu as idéias originárias à previa análise e debate da comunidade jurídica do país, num claro comprometimento com o ideal de que os destinatários da norma devem ter a oportunidade de participar ativamente do processo legiferante.

No que concerne à questão do julgamento de improcedência *prima facie*, a versão originária do projeto de novo Código de Processo Civil manteve a sua presença na sistemática processual, sob a designação de “*Da rejeição liminar da demanda*”, nos seguintes termos:

42 Em sentido contrário é a lição de Fábio Ruiz Cerqueira e Márcio Manoel Maidame: “O processo civil executivo, com todos os outros procedimentos previstos na legislação processual, também pode ser considerado como fonte destas demandas de massa. Talvez, de maneira ainda mais aguda, a questão possa ser observada quando se fala nos estoques de processos nas Varas e Anexos responsáveis pelo julgamento das execuções fiscais – lides onde deságuam as questões tributárias e previdenciárias que, por natureza, são relações jurídicas de massa. Como instrumento que visa racionalizar a administração da justiça sentimos que o processo de execução é também locus de aplicação do novel dispositivo” (*Art. 285-A do CPC: fundamentos, importância e aplicabilidade no processo civil brasileiro. Atualidades do Processo Civil*, v. I, Coordenação: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, Curitiba:Juruá, 2006, p. 361).

43 A Presidência do Senado Federal, por meio dos atos nº 379 e 411, de 2009, instituiu a Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, composta por Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bebaque, Luiz Fux, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Tereza Arruda Alvim Wambier.

Art. 317. Independente de citação do réu, o juiz rejeitará liminarmente a demanda se: I – manifestamente improcedente o pedido, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos; II - o pedido contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos; III – verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição. § 1º Não interposta apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença. § 2º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 316.

O referido art. 316, por sua vez, possuía a seguinte dicção: *“Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de quarenta e oito horas, reformar sua decisão. Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, o juiz mandará citar o réu para responder ao recurso”*.

O tratamento da referida proposta normativa, formulada pela Comissão de Juristas encarregada da formulação do texto do projeto de novo Código de Processo Civil, desvinculou-se integralmente do texto do art. 285-A do Diploma Processual Civil atual, autorizando a rejeição liminar da demanda, independentemente de citação do réu, quando o pedido formulado pela parte autora mostra-se manifestamente improcedente, mas restringiu tal possibilidade face ao objetivo de verticalização da prestação jurisdicional, proibindo o julgador de primeiro grau de contrariar entendimento de tribunais superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – manifestado em súmulas ou no julgamento de demandas repetitivas.

A escolha da Comissão de Juristas foi, então, de manter a possibilidade de julgamento liminar, adotando para tanto a técnica legislativa das cláusulas gerais, restando ao julgador fazer a sua incidência ao caso, preenchendo o conceito indeterminado adotado no texto normativo, qual seja, a manifesta improcedência do pedido<sup>44</sup>.

Analisando a referida normatização proposta, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, apontam que esta apresentava dois defeitos:

44 Sobre a importância da utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais no Processo Civil, veja-se o estudo de Freddie Didier Jr. Cláusulas Gerais Processuais, *Revista de Processo*, n. 187, set. 2010, p. 69.

Fixa como requisitos para a rejeição liminar da demanda a ‘manifesta improcedência do pedido’, mas não dá sequer índicos de como o intérprete poderá identificar um pedido ‘manifestamente improcedente’. Mais grave, contudo, é ter qualificado o ‘entendimento do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça’, hábil a viabilizar e a obstaculizar a rejeição liminar, como ‘sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos’. Ora, a aceitação faria com que o juiz pudesse rejeitar liminarmente a demanda contrariando precedente constitucional ou uniformizador da interpretação da lei federal, bastando que a matéria não tivesse sido sumulada ou o entendimento não tivesse sido adotado em julgamento de casos repetitivos<sup>45</sup>.

Na última versão do projeto de novo Código de Processo Civil, aprovada no Senado Federal, relatada pelo Senador Valter Pereira e contando com uma Comissão Técnica de Apoio composta pelos juristas Athos Gusmão Carneiro, Cassio Scarpinella Bueno, Dorival Renato Pavan e Luiz Henrique Volpe Camargo, foi atribuída nova redação ao dispositivo, com a designação de “*improcedência liminar do pedido*”, no art. 307, nos seguintes termos:

O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente de citação do réu, se esta: I – contrariar súmula do Superior Tribunal de Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência da decadência ou da prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença; § 3º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 306.” Por sua vez, o referido art. 306 determina: “Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de três dias, reformar sua sentença. § 1º Se o juiz não a reconsiderar, mandará citar o réu para responder ao recurso. § 2º Sendo a sentença reformada pelo Tribunal, o prazo para a contestação começará a correr a contar da intimação do retorno dos autos.

45 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 117.

Esta última redação corrigiu alguns aspectos da previsão anterior, em especial no que concerne à nomenclatura, substituindo a designação do capítulo de “*Da rejeição liminar da sentença*” por “*da improcedência liminar do pedido*”, restringindo a sua aplicação aos casos de *matéria exclusivamente de direito*, aproximando neste aspecto da figura atual do julgamento *prima facie* do art. 285-A/CPC. Acreditamos que a ressalva da nova redação é oportuna, mas poderia ter sido evitada a referência a *matéria exclusivamente de direito*, levando-se em consideração às críticas que a doutrina abalizada formulou ao texto do art. 285-A do Código Processual atual. Poderia o legislador do projeto ter optado pela utilização de expressão mais adequada, como por exemplo, *casos em que não haja necessidade de dilação probatória*. Por outro lado, não é demais notar que as próprias limitações instituídas no texto projetado para a utilização da técnica do julgamento liminar de improcedência do pedido, vinculando-o aos casos em que a pretensão expressada pela parte autora estiver em confronto com matéria já sumulada ou enfrentada pelos tribunais superiores em sede de solução de recursos repetitivos restringe a sua aplicação a casos em que se mostra dispensável a realização de dilação probatória.

No entanto, o que mais chama a atenção na nova redação proposta sobre a improcedência liminar do pedido é o afastamento do ideário que deflui do enunciado do art. 285-A da codificação processual vigente, que busca encurtar a prestação jurisdicional de primeiro grau nos casos em que o julgador já possui entendimento formado em sentido contrário à pretensão do autor, expressa na peça exordial, evitando assim dilação desnecessária da demanda, e possibilitando uma prestação jurisdicional mais célere. No julgamento de improcedência *prima facie* atual, há encurtamento da linha vertical do processo em sede de primeiro grau de jurisdição. No texto projetado, a preocupação manifestada é em relação à garantia de verticalização da prestação jurisdicional, o que de certa forma representa um dos ideais do Processo Civil moderno, mas que não precisaria, para ser efetivado, implicar no afastamento dos objetivos nobres da normatização atual.

Acreditamos que a técnica do encurtamento da linha horizontal da demanda em sede de primeiro grau, nos casos repetitivos, poderia conviver em perfeita harmonia com a verticalização das decisões judiciais, e que certamente esta combinação de técnicas de julgamento proporcionaria uma maior aproximação da finalidade de obtenção de uma prestação jurisdicional célere, efetiva e igualitária.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A correlação *tempo-processo* tem sido uma constante nas reflexões do processo civil, acompanhando e influenciando as ondas reformistas que propiciaram sucessivas mudanças em nossa legislação processual. O alongamento excessivo na realização da prestação jurisdicional, além de acarretar um inevitável e lamentável desgaste da visão social sobre o Poder Judiciário, desacreditando-o frente à sociedade, e causa uma verdadeira crise de legitimidade nas instituições jurídicas, implicando em gasto supérfluo de dinheiro e tempo, valores de indiscutível relevância para aqueles que levam as suas lides para serem solucionadas por meio da tutela jurídica estatal.

O advento do art. 285-A/CPC, trazendo para a nossa prática processual civil a figura do julgamento de improcedência *prima facie* representou um marco decisivo na nossa postura legislativa obstinada em dar efetivação à garantia constitucional da razoável duração do processo, consagrada no art. 5º, LXXVIII/CF, atuando como medida radical para o enfrentamento das lides repetitivas que assolam o Poder Judiciário, criadoras de atraso ainda maior na tutela jurisdicional.

A pouca eficácia das ações coletivas e ausência de mecanismos alternativos de solução dos conflitos ligados às relações em massa acabam por fazer desaguar no Judiciário um número excessivo de demandas que estão muito além de sua capacidade de vazão. Neste contexto, o surgimento do art. 285-A/CPC mostrou-se extremamente positivo.

No mesmo sentido, se nestas demandas repetitivas o julgador firmar entendimento desfavorável a pretensão do autor, permitindo que o feito se estenda numa evolução que se mostrará inútil para a decisão da causa, nada mais adequado que seja abreviada a tramitação do feito neste grau de jurisdição, com o julgamento de mérito imediato. Tal providência acabará sendo até favorável ao autor, que não teve que, inutilmente, submeter-se a um procedimento alongado sem qualquer perspectiva de sucesso.

O projeto de novo Código de Processo Civil, no entanto, deixa de dar seguimento ao caminho trilhado pela criação da possibilidade do julgamento *prima facie*, e numa guinada de mudança de direção passa a propor que o julgamento de improcedência liminar do pedido seja colocado à disposição, em especial, do ideal de verticalização da tutela jurisdicional, atuando como mecanismo de efetivação, em sede

de primeiro grau, das determinações fixadas pelos tribunais superiores por meio de seus enunciados de súmulas e julgamento de recursos repetitivos.

Esperamos que o texto do projeto de nova codificação civil ainda seja fruto de debates e reflexões críticas, e que seja possibilitada a manutenção do ideário preconizado de forma pioneira pelo art. 285-A do Código de Processo Civil atual, no sentido de servir de instrumento para o enfrentamento das demandas de massa, dotadas do caráter repetitivo, que por opção dos demandantes, são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário por meio de ações individuais. Não há motivos para se retirar dos julgadores de primeiro grau a possibilidade de expressarem, de plano, o julgamento de improcedência, quando estes já houverem firmado posicionamento sobre o não acolhimento da pretensão que lhes servem de objeto, mesmo que sobre eles os tribunais superiores ainda não tenha tido a oportunidade de se manifestar por meio de súmulas ou em julgamento de recursos repetitivos.

#### REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.

CERQUEIRA, Fabio Ruiz; MAIDAME, Márcio Manoel. *Art. 285-A do CPC: fundamentos, importância e aplicabilidade no processo civil brasileiro*. Atualidades do Processo Civil, v. I, Coordenação de Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, Curitiba: Juruá, 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, n. 179.

DIAS, Jean Carlos. A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei n. 11.277, *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, n. 37, p. 63.

DIAS, Ronaldo Bretãs de Carvalho, *As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional*. Coordenação de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Luciana Diniz Nepomuceno, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIDIER JR., Freddie. Cláusulas Gerais Processuais. *Revista de Processo*, n. 187, set. 2010.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Terceira fase da reforma do código de processo civil*, v. 02, Método, 2006.

FONSECA, João Francisco Naves da. O julgamento liminar de improcedência da demanda (artigo 285-A, CPC): questões polêmicas. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 37, p. 32, jul./ago. 2010.

KLIPPEL, Rodrigo; SARTÓRIO, Élvio Ferreira. *A aplicação do art. 285-A ao julgamento dos mandados de segurança de competência originária dos tribunais, Atualidades do Processo Civil*, v. I, Coordenação de Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, Curitiba: Juruá, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. *Processo Civil Reformado*, Coord. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Luciana Diniz Nepomuceno, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. Considerações sobre o deferimento, a emenda e o indeferimento liminar da petição inicial, e o que as Leis 11.277/2006 e 11.280/2006 introduziram de novidade quanto ao tema. *Revista de Processo*, n. 136, p. 130.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Sentença emprestada: uma nova figura processual. *Revista de Processo*, n. 135, ano 31, p. 152, maio, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Fernando C. Queiroz. *O verdadeiro processo sumaríssimo (CPC, arts. 285-A, 518, par. 1º, 527, I, caput)*, *Atualidades do Processo Civil*, v. I, Coordenação de Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, Curitiba: Juruá, 2006. p. 371.

MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A do CPC): resposta à crítica de José Tesheiner, *Revista de Processo*, n. 144, p. 105.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. Reforma do CPC: modificações das regras recursais e julgamento liminar definitivo em processos repetitivos – Lei 11.276 e 11.277, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 37, p. 113.

RODRIGUES, Ruy Zoch. Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2010.

SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reforma Processual Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

SILVA, Marcos Paulo Sampaio da; GONÇALVES JR. Cyro Roberto Rodrigues. *Apontamentos sobre o art. 285-A do CPC, Atualidades do Processo Civil*, v. I, Coordenação de Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, Curitiba: Juruá, 2006.

WAMBIER, Luis; WAMBIER, Tereza; MEDINA, José. *Breves comentários à nova sistemática Processual civil 2*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



# O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA DINÂMICA JURISPRUDENCIAL DO STF<sup>1</sup>

## *DUE PROCESS OF LAW IN THE DYNAMIC JURISPRU- DENCE OF THE STF*

*Luís Carlos Martins Alves Jr.*

*Procurador da Fazenda Nacional perante o Supremo Tribunal Federal*

*Professor de Direito Constitucional*

*Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O direito constitucional e moral de um julgamento justo, imparcial e convincente; 2 Os enunciados normativos supranacionais; 3 O realismo jurídico de Alf Ross e o livro “Direito e Justiça”; 4 A relevância do Supremo Tribunal Federal e a importância de sua jurisprudência; 5 O devido processo legal na jurisprudência do STF; 6 Considerações finais; Referências.

---

<sup>1</sup> Texto construído a partir de palestra proferida no Centro Universitário de Anápolis - GO, em 3.5.2011, por ocasião da XI Semana do Curso de Direito.

Em homenagem ao professor Marcelino Leal Barroso de Carvalho, mestre de muitas gerações do Piauí e padrão de conduta para todos quantos procuram levar o estudo Direito a sério.

**RESUMO:** O presente texto visa analisar o sentido jurídico e o alcance normativo da expressão “devido processo legal” na dinâmica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), tendo em perspectiva os textos normativos, o magistério doutrinário e os precedentes judiciais do STF, sob as luzes do realismo jurídico ensinado por Alf Ross.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional. Direito Processual. Devido Processo Legal. Supremo Tribunal Federal. Realismo Jurídico. Alf Ross.

**ABSTRACT:** This paper aims to examine the legal and normative sense of the term “due process of law” in the dynamic jurisprudence of the Brazilian Supreme Court (STF), taking into perspective the normative texts, doctrinal teaching and judicial precedents of the “STF”, under the lights legal realism taught by Alf Ross.

**KEYWORDS:** Constitutional Law. Procedure Law. Due Process of Law. Brazilian Supreme Court. Law Realism. Alf Ross.

## INTRODUÇÃO

O artigo tem como objeto o sentido jurídico e o alcance normativo da expressão constitucional “*devido processo legal*”, explicitado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, à luz do realismo jurídico de Alf Ross, exposto em seu livro “Direito e Justiça”<sup>2</sup>.

A justificativa desse tema descansa no fato incontestável de que o direito fundamental e moral a uma prestação jurisdicional justa e imparcial pressupõe a concretização da aludida promessa constitucional, fiada na seriedade comportamental e na sinceridade de propósitos dos magistrados, em particular os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF).

A finalidade desta análise consiste em apresentar, de modo crítico, o entendimento dominante do Tribunal acerca do referido termo constitucional, verificando a consistência argumentativa e a coerência normativa das manifestações e narrativas dos ministros do STF na aplicação dos citados vocábulos constitucionais na solução dos conflitos submetidos à apreciação da Corte.

O caminho a ser percorrido visitará o texto constitucional, textos normativos infraconstitucionais, textos normativos internacionais, textos doutrinários e, especialmente, decisões e manifestações dos ministros do STF. O principal prisma teórico será o realismo jurídico de Alf Ross.

Com efeito, o estudo sério acerca dos institutos normativos e das instituições jurídicas não pode ficar preso às palavras contidas nas “Leis” (aqui no sentido de texto normativo prescritivo), mas requer a análise de como efetiva e realmente se dá a aplicação normativa pelos Tribunais na solução dos casos concretos, como ensinado por Alf Ross e o seu realismo jurídico.

Daí porque o preciso magistério de Dimitri Dimoulis<sup>3</sup> acerca do papel desempenhado pelos tribunais na realização normativa do Direito. Peço licença para recordar longa, porém indispensável, passagem de profunda advertência pedagógica do “professor Wendelin” (personagem criada pelo citado Dimitri Dimoulis na obra “O caso dos denunciantes invejosos”, de Lon Fuller) que elucida a indispensabilidade do estudo dos precedentes judiciais:

2 ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

3 FULLER, Lon. *O caso dos denunciantes invejosos – introdução prática às relações entre direito, moral e justiça*. Tradução de Dimitri Dimoulis. São Paulo: RT, 2003, p. 51 -52.

Decidir sobre a “verdade” no direito é um exclusivo privilégio dos juízes. Os políticos que atuam como legisladores e nós, doutrinadores, não temos o poder de decidir sobre o que é o direito. Quem fala do direito sem ser juiz parece com aqueles debatedores das emissões esportivas de domingo que discutem por horas e horas sobre pênaltis e impedimentos, sem poder alterar em nada as decisões dos árbitros!

O positivismo jurídico ensinou que o direito depende da vontade do legislador, sendo aleatório e mutável. O realismo jurídico fez um passo a mais. Demonstrou que o direito realmente aplicado, o “direito em ação”, não depende das palavras do legislador nem dos livros dos doutrinadores. Depende da vontade do juiz que dá sentido às palavras dos legisladores e dos doutrinadores, podendo mesmo invertê-las por completo.

Por essa razão, as propostas formuladas nessa mesa, assim como as eventuais leis retroativas sobre os Denunciantes Invejosos, não passam de meros desejos. O poder de decisão pertence aos juízes que criam o direito. Eles dirão se aquele que fez uma denúncia para se livrar de um inimigo foi um cidadão respeitoso da lei ou um criminoso que merece castigo. Nenhuma lei e nenhuma reflexão teórica serão mais poderosas do que a decisão do magistrado mais humilde.

Se não existe nem verdade, nem justiça, nem certeza na aplicação do direito, se esses conceitos são propagandas enganosas dos juristas que querem enaltecer sua profissão, devemos concluir que é inútil estudar o direito? Penso que não.

Estudar os regulamentos do legislador e a jurisprudência permite prever as futuras decisões e explicar como decidem os juízes, quais são os elementos sociais, políticos e psicológicos que os fazem tomar determinada decisão. Em outras palavras, o direito é uma questão da prática que depende das circunstâncias, dos interesses em jogo e da personalidade de quem decide. Quanto mais estudamos esses elementos, maiores são as chances de prever as decisões do Judiciário.

Além disso, me parece que os doutrinadores devem formular propostas sobre a correta aplicação do direito, já que eles possuem um valioso conhecimento técnico sobre os conceitos e os métodos de interpretação do direito que pode ajudar o Judiciário em suas decisões.

Quais são os critérios para formular essas propostas? Alguns doutrinadores opinam por defender os interesses de seus clientes; outros fazem propostas acreditando que falam em nome da verdade e da justiça; há também doutrinadores que defendem as interpretações socialmente úteis. Eu sigo essa última orientação, porque considero o direito como instrumento para melhorar a vida social.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal já foi instado a se manifestar em diversas oportunidades acerca do alcance normativo dos enunciados objetos da presente análise, estampados no inciso LIV da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nessa perspectiva, verificar a compatibilidade das decisões do STF com o ordenamento jurídico, a consistência argumentativa dos ministros e a coerência normativa de suas manifestações na aplicação dos aludidos dispositivos constitucionais, de modo crítico, é a missão acadêmica que se propõe realizar.

## **1 O DIREITO CONSTITUCIONAL E MORAL DE UM JULGAMENTO JUSTO, IMPARCIAL E CONVINCENTE**

Somente há direito se houver amparo no (do) ordenamento jurídico. Não há direito fora do ordenamento jurídico. Todavia, há direitos tão fortes, tão consistentes, tão incorporados na consciência cívica da comunidade, que não são apenas “direitos jurídicos”, mas verdadeiros “direitos morais”, graças à alta carga valorativa que possuem. São direitos civilizatórios. No entanto, é importante assinalar que o ordenamento jurídico não se esgota na “Lei escrita”, como pontifica Alf Ross.<sup>4</sup>

Dentre esses cogitados “direitos morais” tem-se o direito fundamental a um julgamento justo (porque imparcial) e o direito constitucional da inafastabilidade da jurisdição nas hipóteses de ameaças u lesões a direitos (art. 5º, inciso XXXV, CF),<sup>5</sup> bem como o direito a ser convencido publicamente pelo magistrado, conforme dispõe o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.<sup>6</sup>

4 ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 128.

5 A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

6 Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Para realizar essa promessa de um julgamento justo, o ordenamento jurídico exige o “devido processo legal”. Com efeito, para absolver ou condenar (ou para julgar procedente ou improcedente um pedido judicial), o magistrado deve formar suas convicções apreciando com liberdade as provas lícitas, viabilizando o contraditório e a mais ampla defesa, de acordo com o devido processo legal.

Nesse específico tema da formação da convicção do julgador, o magistério de Lenio Luiz Streck<sup>7</sup> traz uma importante reflexão sobre o ato judicial de interpretar e decidir:

A decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução as causas submetidas ao seu crivo. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.

No plano legal, essa prerrogativa (ou verdadeiro dever) - de livre apreciação das provas - do magistrado brasileiro pode ser vislumbrada, a título ilustrativo e prescritivo, nos artigos 155, do Código de Processo Penal, e 131, do Código de Processo Civil.<sup>8</sup>

Essa livre apreciação das provas - reitera-se - não significa arbítrio absoluto, mas relativa discricionariedade. Ou seja, deve o magistrado justificar razoável e racionalmente com apoio em evidências comprováveis e aceitáveis e fundamentando com base no ordenamento jurídico (Tratados, Constituição, Leis, Decretos, precedentes judiciais etc.), o porquê de sua decisão, seja a condenatória seja a absolutória, no plano penal, seja a da procedência ou improcedência do pedido, na seara cível.

Essas evidências deverão se consubstanciar em provas lícitas obtidas de modo legítimo, sendo, por consequência, válidas e idôneas para a formação da convicção do magistrado. Não são quaisquer provas

7 STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 98.

8 Código de Processo Penal, Art. 155: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Código de Processo Civil, Art. 131: O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

que influenciarão o magistrado, mas apenas as que forem válidas e idôneas, porque obtidas de modo legítimo e com procedimentos lícitos. Do contrário, se a prova não for válida, poderá ser decretada a nulidade do processo tendo em vista o julgamento viciado do magistrado, por violação ao devido processo legal.

Eis uma das maiores garantias fundamentais da pessoa humana: o julgamento sem vícios, porque fundado em provas válidas e mediante um procedimento em conformidade com o ordenamento jurídico, e proferido por alguém imbuído do desejo de ser justo ao praticar a verdadeira justiça (ou a justiça possível para a humanidade).

Indiscutivelmente essa aludida garantia é uma das maiores conquistas evolutivas da humanidade organizada em sociedade civil.

Nesse prisma, no plano penal, por exemplo, não deve o magistrado ser parceiro da Polícia ou do Ministério Público na busca da condenação. Tampouco deve ser condescendente ou leniente com a Advocacia ou com a Defensoria na tentativa da absolvição. O magistrado deve procurar ser justo e imparcial.

Deve - ainda no exemplo da seara penal - o magistrado buscar a realização da justiça, apreciando com rigor as circunstâncias fáticas e as provas colacionadas, examinando com atenção, consideração e respeito os testemunhos e as argumentações da acusação e da defesa, e estudando com dedicação e seriedade os fundamentos jurídico-normativos que justificarão sua decisão.

Essa deve ser a postura de um magistrado digno da toga que veste e que honra a confiança que nele depositam as pessoas e toda a sociedade. É um conforto tanto para o inocente quanto para o culpado ser destinatário de uma sentença que buscou concretizar a justiça. Essa tranquilidade serve para todos os conflitos judiciais ou controvérsias normativas, independentemente de sua natureza ou caráter.

Pois bem, para a concretização desse postulado civilizatório da humanidade que é o julgamento justo, o sistema jurídico brasileiro possui um cabedal significativo de instrumentos normativos: a Constituição Federal, a legislação processual nacional, os textos normativos internacionais e os precedentes jurisprudenciais.

Todo esse aparato normativo - reitere-se - simboliza a idéia de civilidade que deve permear a convivência humana em sociedade. É intuitivo que na sociedade contemporânea a justa punição - ou a correta absolvição - fundada racionalmente em provas válidas (porque lícitas e legítimas) é o que nos diferencia das sociedades bárbaras e incivilizadas.

Esse modo de proceder dá - inclusive - eventual superioridade moral que permita a difícil e dolorosa tarefa de segregar aqueles que ao agredirem outras pessoas - violando as normas de proteção do convívio social - cometeram crimes.

A moralidade objetiva da força do direito pressupõe a tentativa desesperada de um julgamento justo (porque imparcial e convincente), de acordo com o preceito do “devido processo legal”, e seus consectários do “contraditório e da ampla defesa” e da “proscrição das provas ilícitas”.

Não sem razão que Karl Olivecrona<sup>9</sup> e Ronald Dworkin<sup>10</sup> foram buscar na mitologia grega as representações do magistrado justo: *Atlas* para Olivecrona e *Hércules* para Dworkin.

Induvidosamente, a tarefa de concretização da justiça exige um esforço sobre-humano, quase divino. No entanto, em que pesem as dificuldades, o magistrado sinceramente comprometido com a busca da verdade racional, razoável, convincente e coletivamente aceitável, poderá facilitar a sua tarefa (e confortar a sua consciência moral) se respeitar e aplicar os referidos preceitos processuais constitucionais, mormente a garantia do “devido processo legal”.

## 2 OS ENUNCIADOS NORMATIVOS SUPRANACIONAIS

Não somente no plano nacional há diretivas em busca do julgamento justo e civilizado, especialmente no âmbito penal, conforme o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.<sup>11</sup> Cuide-se que tanto a Declaração Universal quanto

9 OLIVECRONA, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*. São Paulo, Quartier Latin, 2005. p. 32.

10 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Martins Fontes, 1999, p. 287.

11 Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Art. XI, item 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.



a Declaração e a Convenção Americanas reconhecem a importância dos *deveres* – e não só dos direitos – inerentes a cada pessoa.<sup>12</sup>

Continuo ainda na seara penal. Nada obstante o descumprimento pelos culpados dos seus deveres jurídicos, isso não lhes tolda os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, pois, repete-se à exaustão, a superioridade moral de nossa civilização decorre do respeito e consideração destinados mesmo àqueles que desrespeitaram e violaram as nossas leis.

Esse relevante aspecto simbólico foi bem capturado pelo ministro Eros Grau no julgamento do Habeas Corpus n. 94.408<sup>13</sup>, que confirmou

---

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), Art. XXV. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes. Art. XXVI. Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que não se lhe inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), Art. 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4 [...]. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

12 Art. XXIX (Declaração Universal)

1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

Art. XXVIII (Declaração Americana)

Os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem estar geral e do desenvolvimento democrático.

Art. XXIX (Declaração Americana)

O indivíduo tem o dever de conviver com os demais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente a sua personalidade.

Art. 32 – Correlação entre deveres e direitos (Convenção Americana)

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-comum, em uma sociedade democrática.

13 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 94.408. 2ª Turma. Julgado em 10.2.2009. Acórdão Publicado em 26.3.2009.

o entendimento consagrado no Habeas Corpus n. 84.078<sup>14</sup>, no qual o Supremo Tribunal Federal decretou a inconstitucionalidade da “execução antecipada da pena”. O ministro Eros Grau lembrou o magistério de Evandro Lins, outrora ministro do STF, para quem: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”.

E disse mais o citado Ministro Eros Grau:

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil).

Ante esse quadro, segundo o Supremo Tribunal Federal, se nem mesmo o condenado pode ser privado das prerrogativas inerentes à dignidade da pessoa humana, com muito maior razão deverá ser protegido o que *ainda* se encontra *apenas* acusado ou processado, portanto, *sequer* condenado.

Esse é o cuidado que se deve ter com o investigado ou acusado penalmente, uma vez tratar-se de indivíduo dotado de igual dignidade humana, na esteira do magistério jurisprudencial do STF.

Nessa senda, recorda-se o que disse o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Habeas Corpus n. 84.409<sup>15</sup>:

[...] não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo, daí a necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso.

Á toda evidência, no rastro da jurisprudência do STF, o indivíduo que está sob investigação policial ou que se encontra criminalmente processado deverá ter garantida as franquias processuais constitucionais, sobretudo o direito de ser julgado por magistrado convencido por meio de provas válidas, isto é, juridicamente lícitas e obtidas de modo legítimo,

14 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84.078. Pleno. Julgado em 5.2.2009. Acórdão Publicado em 25.2.2010.

15 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84.409. 2ª Turma. Julgado em 14.12.2004. Acórdão Publicado em 19.8.2005.

viabilizando-se o contraditório e a mais ampla defesa, dentro de um devido processo legal.

Tudo isso em obediência ao ordenamento jurídico (Constituição, Leis, Tratados, precedentes) e em homenagem à dignidade da pessoa humana, porque todos somos merecedores de mútuo respeito e consideração, porquanto somos todos iguais, inexistindo superioridade ou inferioridade valorativa entre os homens.

Nessa linha, após visitar textos normativos supranacionais, dispositivos da Constituição Federal e da legislação nacional, deve-se buscar o amparo normativo dessas mencionadas garantias na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Antes, contudo, será surpreendido o magistério doutrinário de Alf Ross, um dos principais expoentes do realismo jurídico, uma corrente teórica que atribui importância capital ao estudo e conhecimento das práticas judiciais na concretização e compreensão do Direito, no sentido de que o direito positivo não se esgota no texto normativo, mas deve ser observado na realidade e na dinâmica dos tribunais.

### **3 O REALISMO JURÍDICO DE ALF ROSS E O LIVRO “DIREITO E JUSTIÇA”**

Na apresentação de Alaôr Caffé Alves à edição brasileira do referido livro “Direito e Justiça”, que foi originariamente publicado na Dinamarca, em 1953, com o título “Om Ret og Retfærdighed”, revela-se que o professor danês *Alf Ross* teve como método a análise do Direito como fenômeno jurídico experimental, tendo como principal objeto de estudo as práticas judiciais.<sup>16</sup>

No prefácio que escreveu, em 1958, à edição inglesa do aludido livro, cujo título naquele idioma é “On Law and Justice”, Alf Ross externou:

A principal idéia deste trabalho é levar no campo do direito os princípios do empirismo às suas conclusões últimas. Desta idéia emerge a exigência metodológica do estudo do direito seguir os padrões tradicionais de observação e verificação que animam toda a moderna ciência empirista, e a exigência analítica das noções

<sup>16</sup> ROSS, op.cit. p. 9-14.

jurídicas fundamentais serem interpretadas obrigatoriamente como concepções da realidade social, do comportamento do homem em sociedade e nada mais. Por esta razão e que rejeito a idéia de uma “validade” a priori específica que coloca o direito acima do mundo dos fatos e reinterpreto a validade em termos de fatos sociais; rejeito a idéia de um princípio a priori de justiça como guia para a legislação (política jurídica) e ventilo os problemas da política jurídica dentro de um espírito relativista, quer dizer, em relação a valores hipotéticos aceitos por grupos influentes na sociedade; e finalmente, rejeito a idéia segundo a qual o conhecimento jurídico constitui um conhecimento normativo específico, expresso em proposições de dever ser, e interpreto o pensamento jurídico formalmente em termos da mesma lógica que dá fundamento a outras ciências empíricas (proposições de ser).

[...]

Durante os mais trinta anos em que me ocupei dos estudos jusfilosóficos, tenho, é claro, recebido orientação e inspiração procedentes de muitos lugares. Sem elas teria sido impossível escrever este livro. Tais débitos são esquecidos facilmente, o que me torna incapaz de apresentar uma lista completa. Mas devo mencionar dois mestres que tiveram para mim uma maior significação do que quaisquer outros: Hans Kelsen, que me iniciou na filosofia do direito e me ensinou, acima de tudo, a importância da coerência, e Axel Hägerström, que me abriu os olhos para o vazio das especulações metafísicas no campo do direito e da moral.<sup>17</sup>

Alf Ross se preocupa com as relações entre o que ele chama de “direito vivo” (o direito que realmente se desenvolve no seio da comunidade) e o “direito teórico ou dos livros”, e às forças que de fato motivam a aplicação do direito em contraposição aos fundamentos racionalizados presentes nas decisões judiciais.<sup>18</sup>

Para Alf Ross as leis são expressões lingüísticas. As expressões lingüísticas podem ser divisadas em três categorias: “a) asserções; b) exclamações e c) diretivas”.<sup>19</sup>

17 ROSS, op.cit. p. 19-20.

18 Ibid. p. 26.

19 Ibid. p. 31.

Segundo Alf Ross, as *asserções* são as expressões lingüísticas que indicam um certo estado de coisas, como sucede com a expressão “meu pai está morto”. As *exclamações* são as expressões lingüísticas que não têm significado representativo não exercem qualquer influência, como sucede com a expressão “ai!”. As *diretivas* são as expressões lingüísticas sem significado representativo, mas com intenção de exercer influência, como sucede com a expressão “feche a porta”.<sup>20</sup>

Nessa batida, segundo Alf Ross as regras jurídicas são obviamente “diretivas”, que visam exercer influência sobre as condutas humanas:

As leis não são promulgadas a fim de comunicar verdades teóricas, mas sim a fim de dirigir as pessoas – tanto juízes quanto cidadãos particulares – no sentido de agirem de uma certa maneira desejada. Um parlamento não é um escritório de informações, mas sim um órgão central de direção social.<sup>21</sup>

Segundo Ross, a regra jurídica não é verdadeira nem falsa, é diretiva, pois a sua finalidade é prescrever comportamentos, de sorte que há uma distinção entre (a) o próprio direito enquanto regra jurídica e (b) o conhecimento acerca do direito enquanto proposições acerca das regras jurídicas.<sup>22</sup>

Alf Ross, em tópico sobre o “conceito de direito vigente”, faz uma interessante aproximação entre as regras jurídicas e as regras do xadrez, a revelar o aspecto de fenômeno social de ambos os sistemas normativos, tanto o direito quanto o xadrez. Para ele, as regras normativas são convencionais e estabelecem uma “conexão de significados” entre os participantes do “jogo” social. O conhecimento das regras do xadrez não implica que se ganhe o jogo. Assim como o conhecimento das normas jurídicas não implica a sua obediência nem a vitória nas demandas judiciais.<sup>23</sup>

Segundo Alf Ross, as regras se apresentam como “esquemas interpretativos”. Daí por que:

‘Direito vigente’ significa o conjunto abstrato de idéias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do

20 ROSS, op.cit.,p. 28-31.

21 Ibid. p. 31.

22 Ibid. p. 33.

23 Ibid. p. 34-37.

direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias.<sup>24</sup>

Discorrendo sobre o ordenamento jurídico, Alf Ross entende, resumidamente, que ele – o ordenamento jurídico – é o conjunto de regras para o estabelecimento e funcionamento do aparato de força do Estado.<sup>25</sup>

Quanto à “ciência jurídica”, Alf Ross defende que ela não pode ser separada da “política jurídica”, na medida em que a descrição científica está imbuída de prescrição política. Ou seja, o cientista ao descrever prescreve e, portanto, procura influenciar a compreensão e a concretização do direito.<sup>26</sup>

Segundo Alf Ross há uma relação entre “temor e respeito”, que são os dois motivos que caracterizam a experiência do direito. Isso significa que a obediência ou adesão ao Direito tem um fundamento ideológico e político. Daí porque, segundo ele, o poder político é competência jurídica, de modo que não existe poder político independente do direito.<sup>27</sup>

Dissertando sobre variados temas da teoria do direito, Alf Ross visita um que é especialmente caro para os nossos propósitos: o método jurídico ou interpretação. Na linha kelseniana, para ele a interpretação é política jurídica e não ciência do direito.<sup>28</sup>

Alf Ross aborda os aspectos sintáticos, lógicos, semânticos e pragmáticos dos problemas da interpretação do direito. Com isso pretende ele revelar o real alcance da administração da justiça praticada pelos magistrados, independentemente dos “critérios” interpretativos, e tendo em vista a “eterna” tensão entre a vontade subjetiva do legislador e a vontade objetiva da lei.<sup>29</sup>

É contundente a insistência de Alf Ross no dever de conhecer a jurisprudência e a prática dos tribunais, de sorte que somente assim

24 ROSS, op.cit., p. 41.

25 Ibid. p. 58.

26 Ibid. p. 71-76.

27 Ibid. p. 84.

28 Ibid. p. 136.

29 Ibid. p. 135-187.

seria possível estabelecer um eventual critério seguro de como o direito realmente tem funcionado e como poderá vir a funcionar na solução de problemas futuros.

Alf Ross discorre sobre os postulados da “consciência jurídica” e nos convida a refletir sobre o papel social desempenhado pelo jurista na defesa dos interesses políticos refletidos no ordenamento jurídico e na prática dos tribunais, e acusa o jurista de estar à disposição de quem segura as rédeas do poder.<sup>30</sup>

Em sociedades democráticas, digo eu, onde deve reinar o primado da liberdade, da alteridade, da pluralidade, da aceitação do outro e da força do diálogo e do argumento convincente, o jurista deve estar a serviço do poder e do direito na defesa dos valores normatizados e protegidos pelo ordenamento jurídico.

No Estado Democrático de Direito que se tem vivenciado desde 1988, conhecer a Constituição e o alcance normativo de suas disposições significa conhecer a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e conhecer as argumentações esgrimidas pelos principais personagens do Tribunal: os seus ministros.

Nesse quadro, atual e relevante a advertência formulada por Lênio Luiz Streck contida no capítulo 6 de sua referida obra<sup>31</sup>: “UMA ADVERTÊNCIA: CONTROLAR AS DECISÕES JUDICIAIS É UMA QUESTÃO DE DEMOCRACIA, O QUE NÃO IMPLICA “PROIBIÇÃO DE INTERPRETAR”...!”

Com razão Lênio Luiz Streck. Com efeito, haja vista o indiscutível papel político desenvolvido pelo Poder Judiciário, especialmente o protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal, conhecer a sua jurisprudência e controlar a consistência argumentativa e a coerência normativa de suas decisões e manifestações é fatalidade inescapável de todos que prezamos conviver em um Estado que se quer e que se diz Democrático e de Direito.

Além desse conhecimento da dogmática e da realidade jurídica, conhecer e estudar os fundamentos, os valores e as finalidades do ordenamento jurídico é relevante. Com a palavra Alf Ross:

30 ROSS, op.cit., p. 421-430.

31 STRECK, op.cit. p. 87.

Acredito que estudar filosofia deve encontrar em si mesmo sua recompensa, na medida em que satisfaz um inveterado anseio de clareza e nos permite saborear os puros prazeres do espírito. Se, além disto, esse estudo nos proporciona um entendimento mais completo do mecanismo e da lógica do direito e aumenta nossa capacidade para o cumprimento da tarefa, teórica e prática a que nos devotamos, tanto melhor.

#### 4 A RELEVÂNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IMPORTÂNCIA DE SUA JURISPRUDÊNCIA

Como aludido, é cediço que a adequada compreensão de todo e qualquer enunciado constitucional pressupõe o conhecimento e a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois é a decisão do STF a norma definitiva sobre a controvérsia constitucional.

Nada obstante, convém lembrar que as prescrições normativas estão irmanadas e devem ser compreendidas em conjunto, pois, na linha do preconizado por Eros Grau<sup>32</sup>, não se interpreta o Direito em tiras, pois se interpreta todo o Direito como um todo, daí que deve o Tribunal, no momento da decisão, considerar, além das palavras contidas nos textos normativos, as circunstâncias fáticas e os valores socialmente institucionalizados.

O Tribunal não pode esquecer o insuplantável magistério doutrinário de Miguel Reale<sup>33</sup> com a sua “Teoria Tridimensional do Direito”: *fato, valor e norma*.

Tenho ousado dizer que além dos referidos três aspectos do fenômeno jurídico (fato, valor e norma) deve-se levar em consideração um quarto aspecto: as idiosincrasias do intérprete/julgador. Ou seja, os prismas individuais do magistrado: a sua ciência, a sua experiência e a sua consciência.

Logo, para mim, o fenômeno jurídico é tetradimensional: as circunstâncias fáticas, os textos normativos, os valores sociais e as idiosincrasias subjetivas (ou prismas individuais).<sup>34</sup> Se assim não fosse,

32 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44

33 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, Título X, p. 497-617.

34 ALVES JR., Luís Carlos Martins. *Direitos Constitucionais Fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010, p. 93-94.



como justificar a multiplicidade de interpretações (e soluções) que se atribuem ao mesmo fenômeno (problema) normativo?

Nada obstante a diversidade de interpretações (e compreensões) se faz imperioso definir o alcance normativo e o sentido válido das prescrições constitucionais. Essa definição e alcance são estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, na qualidade de “Guarda da Constituição”, cuja missão precípua é a de garantir a supremacia normativa da Constituição e defender os direitos fundamentais da pessoa humana.

Mas, quem são os guardiões da Constituição brasileira? No regime democrático, em situação de absoluta normalidade institucional, a definitiva palavra sobre a guarda e a defesa do texto constitucional compete aos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, *caput*, CF).

Nos termos da Constituição, o ministro deve ser brasileiro nato, com mais de 35 anos de idade, de notável saber jurídico e de reputação ilibada. Ele é aposentado compulsoriamente aos 70 anos. Sua escolha é feita pelo Presidente da República. Sua nomeação depende de aprovação da maioria absoluta dos Senadores da República (art. 101, CF).

Qualquer brasileiro nato com mais de 35 anos pode ser ministro do STF? Não. Não é qualquer um que pode ser alçado às elevadas funções de ministro da Corte. Tem de ser possuidor de notável saber jurídico e de reputação ilibada. A razão de ser desses requisitos consiste na missão que se lhe destina: palavra definitiva do que seja a Constituição. É uma missão por demais honrosa e de grave impacto nas relações sociais e institucionais dos brasileiros e do Brasil.<sup>35</sup>

---

35 Esse modelo parece-me não ser o mais indicado. O STF há de ser o coroamento de uma carreira dedicada ao Direito, e não o seu ponto de partida. Em vez de 35 anos de idade, deveriam ser 35 anos de experiência jurídica, seja como prático (magistrado, membro do Ministério Público ou da Advocacia Pública ou da Defensoria Pública, ou advogado) seja como “catedrático” (professor, consultor, pesquisador etc.). A comprovação do notável saber jurídico adviria justamente dessa longa experiência e dos trabalhos jurídicos (petições, pareceres, decisões) apresentados nesse período, e não apenas de eventuais cargos que tenham sido ocupados pelos postulantes. Ministro do STF tem de chegar pronto na Corte. O STF não é lugar de quem esteja aprendendo Direito, é lugar de quem já sabe Direito. Também entendo que em vez de ser vitalício, o cargo deveria ser temporário, com mandato de 8 anos. Também defendo que o quórum de aprovação deveria ser de 2/3 dos membros (senadores) do Senado da República, de sorte a exigir que seja indicado um nome respeitável e de consenso junto à classe política e junto à sociedade. A Ordem dos Advogados do Brasil, a Procuradoria-Geral da República e o Conselho da República deveriam opinar sobre o nome do indicado para essa alta função. Supremo é Supremo. É lugar de gente séria e respeitável, seja no aspecto moral, seja no aspecto jurídico-intelectual. Insisto e faço trocadilho: Supremo é a coroação suprema de uma carreira jurídica admirável. O mesmo se aplica para os outros Tribunais

No pertinente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vale ressaltar que a sua importância não se dá apenas no aspecto normativo, enquanto decisão definitiva em matéria constitucional, mas tem caráter pedagógico e simbólico, pois a partir das decisões do STF, tanto o Poder Público quanto os indivíduos e as instituições podem criar justas expectativas comportamentais acerca do real sentido das normas constitucionais. É possível “calcular” com razoável grau de certeza e segurança as escolhas normativas que devem ser feitas.

Também tem caráter simbólico a jurisprudência da Corte para revelar os valores ideológicos que estão contidos nas decisões e que plasmam o ordenamento jurídico, a servir de vetor compreensivo de todos quantos vivenciam o Direito brasileiro. O STF ao julgar uma controvérsia não decide apenas um caso posto ao seu crivo, mas indica a direção normativa que devem seguir os indivíduos (e as autoridades) e as instituições (públicas ou particulares).

Mas como deve julgar o STF? Em rigorosa obediência ao texto constitucional. Os ministros devem se pautar pelo respeito à Constituição. O ministro está no Tribunal para fazer valer a força normativa da Constituição e não para impor as suas idiosincrasias ou ideologias particulares. O ministro é escravo da Constituição.

Como verificar se os ministros do STF estão cumprindo com a tarefa de guardar a Constituição? Acompanhando as suas decisões e as suas manifestações. Verificando a coerência narrativa e argumentativa. Estudando os precedentes individuais e coletivos da Corte. Descobrimo as razões implícitas e explícitas contidas nas manifestações e votos proferidos.

O único controle possível é o da coerência normativa. Cuide-se que o ato de criação do direito é eminentemente político. O ato de decisão também o é. O político não necessita de ser coerente, pois para sobreviver politicamente ele deve se adaptar às circunstâncias e oportunidades eleitorais. O magistrado não deve se curvar aos interesses circunstanciais da política. O magistrado deve se submeter ao ordenamento jurídico.

O político deve tomar suas decisões pautadas nos interesses de seus eleitores. O magistrado deve decidir sem receio de contrariar os eleitores

---

Superiores e, por que não, para os demais Tribunais brasileiros, pois o exercício da magistratura pressupõe seriedade moral, sensibilidade social e alto conhecimento jurídico.

ou grupos poderosos. O magistrado deve decidir em conformidade com o Direito e de acordo com a sua consciência jurídica, mesmo que venha a desagradar setores socialmente relevantes.

O político deve se comprometer com os interesses da maioria que o elegeu. A sobrevivência eleitoral do político pressupõe agradar, nem que seja na aparência, o seu eleitorado. O magistrado deve se comprometer com a busca da verdade. O político deve servir às maiorias. O magistrado deve ser o refúgio das minorias. Os regimes políticos democráticos há de ser o governo das maiorias, mas sem prejuízo ou menoscabo dos direitos das minorias, como preconizava Hans Kelsen<sup>36</sup>.

Democracia constitucional é prevalência da maioria, mas de acordo com a “Lei”, sem aniquilamento das minorias. Só há Estado Democrático de Direito onde houver convivência entre grupos majoritários e grupos minoritários. Democracia é convivência no dissenso. É consenso construído. Não é consenso imposto. É dissenso consensual, por mais paradoxal que isso possa ser.

Direito na democracia implica o respeito pelo outro, sobretudo se o outro for diferente quanto à condição econômica, étnica, racial, cor, sexo ou orientação sexual, credos e crenças religiosas. A democracia, para ser verdadeiramente democrática, tem de ser pluralista e nela – na democracia – a lei não poderia ceder jamais, como ensinava Norberto Bobbio<sup>37</sup>.

Na democracia, a força serve ao direito. O direito é de quem possui os melhores argumentos, de quem está com a razão e com a “verdade” possível e alcançável. No jogo verdadeiramente democrático, as “cartas” não devem estar previamente marcadas. Em síntese, na democracia constitucional o papel da “justiça constitucional” é o de garantir a idoneidade do jogo democrático, viabilizando o governo da maioria e permitindo o respeito às minorias. Essa missão da “corte constitucional” decorre do aspecto “dual” do regime democrático constitucional. De um lado a vontade vencedora da maioria política. Doutro lado, os direitos dos grupos minoritários, como tem acentuado Bruce Ackerman<sup>38</sup>.

36 KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 67-78.

37 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 72-76.

38 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano – fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3-45.

Na democracia constitucional, o STF deve defender a coletividade e o indivíduo protegendo a Constituição, mesmo que decida em contrariedade a setores influentes da sociedade e da opinião pública. Para garantir a democracia, o Tribunal tem de ter a coragem de ser contramajoritário, e isto não quer dizer antidemocrático.

A única preocupação do Tribunal deve ser a de cumprir a Constituição e garantir o seu respeito, sobretudo em face daqueles que são acostumados a ignorá-la, pois na experiência jurídica brasileira, infelizmente, a Lei não intimida os poderosos. Desgraçadamente, neste País, cumprir ou temer a Lei é coisa de “pobre”, de “preto”, de “prostituta” ou de “pateta”. É uma lástima!

Nada obstante as dificuldades sociais, culturais, políticas e normativas para a concretização das promessas constitucionais, a experiência do STF tem dado sinais de que seja possível vislumbrar uma mudança na mentalidade cultural e nas práticas sociais brasileiras, mesmo que ainda sejam tímidas.

É isso que se espera dos ministros do STF: que julguem as causas em conformidade com o ordenamento jurídico, obedecendo à Constituição, às “leis internacionais”, às leis nacionais e aos precedentes judiciais, em obséquio ao Estado Democrático de Direito e de acordo com o devido, porque razoável, processo legal.

## 5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

A relevância normativa do princípio do “devido processo legal” faz dele, segundo Nelson Nery Júnior, a base sobre a qual todos os outros princípios se sustentam.<sup>39</sup> Diz mais o ilustrado processualista:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

39 JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 32.

Em precioso livro sobre o princípio do “devido processo legal substantivo”, Ruitemberg Nunes Pereira<sup>40</sup> quebra a tradição doutrinária brasileira para defender a tese de que as raízes do “devido processo legal” não se encontram na *Magna Carta* inglesa de 1215, mas nas “leis” germânicas no período da “Alta idade média”, especificamente o Decreto de 1037 expedido pelo imperador Conrado II, do Sacro Império Romano Germânico.

Segundo Ruitemberg Nunes Pereira<sup>41</sup>, nesse aludido Decreto de 1037, o imperador Conrado II determinava:

Que nenhum homem seria privado de um feudo sob o domínio do Imperador ou de um senhor feudal (mesne lord), senão pelas leis do Império (laws of empire) e pelo julgamento de seus pares (judgment of his peers).

Com efeito, diante desse aludido texto é forçoso convir que o enunciado estampado no capítulo 39 da Magna Carta de 1215 lhe guarda imensa similitude. Eis a tradução de Paulo Fernando Silveira<sup>42</sup>:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.

Do medieval direito inglês, cuja fonte, na linha do citado magistério de Ruitemberg Nunes Pereira foi o medieval direito germânico, essa cláusula vicejou nos Estados Unidos da América onde se estampou no *Bill of Rights* de 1791 (Emendas Constitucionais I a X da Constituição norte-americana de 1787). Colho do opúsculo de Saul K. Padover<sup>43</sup> o seguinte sentido vernacular à Emenda V:

Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande

40 PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 17.

41 Op.cit. p. 20.

42 SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 19

43 PADOVER, Saul K. *A constituição viva dos Estados Unidos*. Tradução de A. Della Nina. São Paulo: IBRASA, 1987, p. 73.

júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, da liberdade ou propriedade sem processo legal regular (due process of law); a propriedade não será desapropriada para uso público sem justa indenização.

A experiência jurídica norte-americana construiu uma sólida compreensão dessa cláusula constitucional que influenciou sobremaneira o direito constitucional brasileiro, especialmente no concernente ao intitulado “devido processo legal substantivo”, cuja principal finalidade consistia no controle da proporcionalidade e da razoabilidade das leis, como pontificado por Carlos Roberto de Siqueira Castro<sup>44</sup>.

Nessa perspectiva, convém diferenciar o “devido processo legal processual” do “devido processo legal substantivo”, pois a dinâmica da jurisprudência do STF tem enfrentado essa questão de modo distinto.

Com efeito, na prática judicial do STF o tema do “devido processo legal processual” tem sido objeto de uma jurisprudência defensiva da Corte no sentido de não apreciar a questão sob o fundamento de que a eventual inconstitucionalidade seria indireta ou reflexa, pois demandaria a análise do conteúdo das normas infraconstitucionais, o que seria inviável nas estreitas vias do contencioso constitucional.<sup>45</sup>

44 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

45 A comprovar, tenha-se:

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo n. 636.925, Relator Ministro Ayres Britto, DJe n. 68, de 8.4.2011:

DECISÃO: vistos, etc.

O recurso não merece acolhida. É que a controvérsia sob exame não transborda os limites do âmbito infraconstitucional. Logo, inviável o apelo extremo, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

De mais a mais, a alegada ofensa às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa apenas ocorreria de modo reflexo ou indireto. No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que são exemplos os Ais 517.643-AgR, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 273.604-AgR, da relatoria do ministro Moreira Alves.

AI - Agravo de Instrumento n. 754.281, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe n. 76, de 26.4.2011:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRESCRIÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVAS. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.

Essa é a “pedra de toque” da jurisprudência do STF acerca do alcance normativo do “devido processo legal processual”. A Corte tem uma jurisprudência defensiva e praticamente não conhece dos feitos que se fundamentam em violação ao devido processo legal, se acaso essa violação for de caráter procedimental ou formal. O argumento esgrimido pela Corte, ao meu sentir é frágil e esvazia o conteúdo normativo da proteção constitucional do “devido processo legal processual”.<sup>46</sup>

IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO E DA ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDAMENTADO. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

[...]

7. Ressalte-se, ao final, que este Supremo Tribunal assentou que a alegação de contrariedade ao princípio da legalidade e a verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou, ainda, aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da prestação jurisdicional, se dependentes de análise prévia da legislação infraconstitucional, configurariam apenas ofensa constitucional indireta.

Nesse sentido: [...] (AI 816.034-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 23.2.2011 – grifei).

AI – Agravo de Instrumento n. 812.345, Relator Ministro Celso de Mello, DJe n. 74, de 19.4.2011:

DECISÃO: A decisão de que se recorre negou trânsito a apelo extremo, no qual a parte ora agravante sustenta que o Tribunal “a quo” teria transgredido preceitos inscritos na Constituição da República.

O exame da presente causa evidencia que o recurso extraordinário não se revela viável.

É que o acórdão recorrido decidiu a controvérsia à luz dos fatos e das provas existentes nos autos, circunstância esta que obsta o próprio conhecimento do apelo extremo, em face do que se contém na Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, esta Suprema Corte tem reiteradamente enfatizado que, em princípio, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, do devido processo legal, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações caracterizadoras de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição (RTJ 147/251 – RTJ 159/328 – RTJ 161/284 – RTJ 170/627-628 – AI 126.187-AgR/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO – AI 153.310-AgR/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – AI 185.669-AgR/RJ, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – AI 192.995-AgR/PE, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 257.310-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 254.948/BA, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)

46 No entanto, essa orientação tem vingado no Tribunal. Tenha-se o julgamento do Recurso

Extraordinário n. 560.477 (Redator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, J. 4.11.2008, DJe 71, de 23.4.2010), que visitou o tema da exclusão do programa tributário do “REFIS”. Eis a ementa de acórdão desse julgado:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. REFIS. LEI 9.964/2000. FACULDADE DO CONTRIBUINTE. EXCLUSÃO DO PROGRAMA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. RECURSO NÃO CONHECIDO. I - Questão decidida com base na legislação infraconstitucional (Lei 9.964/2000). Eventual ofensa à Constituição, se ocorrente, seria indireta. II - A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a alegada violação ao art. 5º, LV, da Constituição configura, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária. III - Recurso não conhecido.

No julgamento do RE 560.477, que visitou o tema da exclusão de contribuintes do REFIS, o relator originário do feito, Ministro Marco Aurélio, entendeu que a exclusão do programa sem prévia notificação ou sem oportunizar contraditório e ampla defesa, violava o devido processo legal administrativo.

A dissidência foi inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que se tornou o redator do acórdão, no sentido de que a controvérsia tinha caráter infraconstitucional, por versar questão relativa à aplicação da Lei 9.964/2000.

O Ministro Menezes Direito acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio e assinalou importante – e certa – manifestação:

Mas como disse, Senhor Presidente, Vossa Excelência, a meu sentir, pôs corretamente que o que se está examinando é apenas a violação do artigo 5º no que diz respeito ao devido processo legal, ou seja, o contraditório e a ampla defesa.

E aí pouco importa, pelo menos na minha compreensão, que o tema esteja numa legislação infraconstitucional, porque o princípio é constitucional. Então, se existe uma legislação infraconstitucional que atenta contra esse princípio, evidentemente que nós temos de examiná-la primeiro para saber se ele foi ou não foi violado. Se foi violado, é o caso, como Vossa Excelência pôs, a meu sentir, reitero, com a devida vênia dos que possam entender em sentido contrário, corretamente, porque existe, sim, viabilidade de conhecimento para que se apure se esse princípio foi ou não violado.

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski sob o fundamento de que houve o respeito ao devido processo legal da “Lei do REFIS”.

O Ministro Marco Aurélio chegou a questionar à Ministra Cármen Lúcia se ela não entendia que a notificação de exclusão, sem prévio contraditório e defesa, não violava o devido processo legal, no que ela respondeu que não porque o procedimento estabelecido na lei foi respeitado.

O último a votar foi o Ministro Ayres Britto, uma das vozes mais liberais da Corte. Todavia, em sua manifestação assinalou:



Estou entendendo também, Senhor Presidente, que neste caso – como em quase todos os casos – o tamanho do devido processo legal se mede com a trena da lei que o institua.

Vou repetir: tamanho do devido processo legal se mede com a trena da lei que o institua.

O Ministro Marco Aurélio apelou para o direito natural, alegando que o cidadão tem esse direito a ser ouvido para ter afastada uma situação jurídica formalizada. Nada obstante os apelos do Ministro Marco Aurélio e a adesão do Ministro Menezes Direito, a Turma entendeu que não houve violação direta ao princípio constitucional do devido processo legal e não conheceu do recurso do contribuinte.

No caso específico do “REFIS”, o Plenário do Tribunal rejeitou, em questão de ordem, o reconhecimento de repercussão geral da controvérsia sob o mesmo fundamento de cuidar-se de matéria infraconstitucional, nos autos do *Recurso Extraordinário n. 611.230*.<sup>47</sup>

Essa orientação da Corte frustrou as expectativas dos contribuintes que julgavam que seria aplicado o entendimento consagrado nas “razões de decidir” dos acórdãos que resultaram na edição da *Súmula Vinculante n. 21 (É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo)*.<sup>48</sup>

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 611.230. Relatora Ministra Ellen Gracie, J. 13.8.2010, DJe. N. 159, de 27.8.2010. Eis a ementa do acórdão:

NOTIFICAÇÃO PESSOAL PARA EXCLUSÃO DO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL – REFIS. POSSIBILIDADE DA INTIMAÇÃO POR MEIO DA IMPRENSA OFICIAL E DA INTERNET. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL TENDO EM VISTA TRATAR-SE DE DIVERGÊNCIA SOLUCIONÁVEL PELA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

48 Com efeito, nos julgamentos do Recurso Extraordinário n. 388.359 (Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, J. 28.3.2007, DJ 22.6.2007) e do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.976 (Relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, J. 28.3.2007, DJ 18.5.2007), o Tribunal superou a jurisprudência estabelecida na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.049 (Relator Ministro Carlos Velloso, Plenário, J. 18.5.1995, DJ 25.8.1995), na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.922 (Relator Ministro Moreira Alves, Plenário, J. 6.10.1999, DJ. 24.11.2000) e na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.976 (Relator Ministro Moreira Alves, Plenário, J. 6.10.1999, DJ. 24.11.2000) e no Recurso Extraordinário n. 210.246 (Relator Ministro Nelson Jobim, Plenário, J. 12.11.1997, DJ. 17.3.2000), e entendeu como violador do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a necessidade caução prévia para o exercício de defesa na esfera administrativa.

No julgamento do *RE 388.359*, que estabeleceu essa nova orientação da Corte, sumulada de modo vinculante, o único voto dissidente foi proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, outra voz liberal do Tribunal, fiel às manifestações anteriores no sentido de que não há a garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição, seja a administrativa, seja a judicial. Ou seja, segundo o Tribunal, nada obstante a previsibilidade legal da exigência de depósito prévio ou de arrolamento de bens, essa exigência se revelaria violadora do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Com esteio nesse aludido precedente, havia uma justa e razoável expectativa de que o Tribunal também julgaria inconstitucional a exclusão do REFIS sem o prévio contraditório e ampla defesa, por violação ao devido processo legal.

Pois bem, se no plano estritamente procedimental a jurisprudência da Corte é defensiva na aplicação da cláusula constitucional do “devido processo legal”, salvo em situações excepcionalíssimas como a que resultou na edição da *SV 21*, no âmbito da substância outro tem sido o caminho palmilhado pelo Tribunal, dando um robusto elastério à referida cláusula, com o reconhecimento do “devido processo legal substantivo”.

É com estribo nesse postulado do “devido processo legal substantivo” que o Tribunal tem apreciado a proporcionalidade e a razoabilidade de todos os provimentos normativos submetidos ao seu crivo, sejam emendas constitucionais, tratados internacionais, leis (federais, estaduais ou municipais), medidas provisórias, atos administrativos, regulamentos privados ou decisões judiciais. Ou seja, toda e qualquer norma jurídica poderá ter sindicada a sua validade constitucional se acusada de violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (ou do devido processo legal substantivo).

De efeito, se se ativer somente aos princípios e direitos fundamentais pode-se estabelecer um critério interpretativo, tanto em relação ao conceito do que sejam os direitos fundamentais quanto ao modo de compreendê-los.

Por direitos fundamentais tenho entendido que seja o conjunto de enunciados normativos (regras, princípios e postulados) que devem regular a vida e a liberdade das pessoas, e que devem viabilizar com igualdade de condições e oportunidades, de acordo com as necessidades e possibilidades individuais e coletivas, a todos - e a cada um - dignidade

na mútua convivência, com os devidos, decentes, necessários, recíprocos respeito e consideração.

Alicerçado nessa concepção de direitos fundamentais, entendo, por conseguinte, que todo e qualquer sacrifício (ou restrição) de direito fundamental deverá ser razoável e proporcional (compatível, aceitável, necessário e adequado), a revelar a prudência e o bom senso do intérprete (aplicador), segundo as circunstâncias fáticas, os enunciados prescritivos, os paradigmas coletivos e os prismas individuais, na solução do caso concreto.

Esse, ao meu sentir, é o fio-condutor para uma adequada compreensão (e aplicação) dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Penso que para uma adequada verificação de eventual desrespeito ao “devido processo legal substantivo”, consubstanciado nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, devem ser considerados os aludidos critérios.

No STF, um dos ministros mais entusiasmados com o princípio do “devido processo legal”, seja na vertente processual seja na material ou substantiva é o Ministro Celso de Mello, como se percebe em passagens de acórdãos ou decisões de sua relatoria.<sup>49</sup> Na mesma toada

49 Ação Cível Originária n. 1.534 (Plenário, J. 17.3.2011, DJe n. 88, de 11.4.2011):

[...]

- A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo, supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do “due process of law”, assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes.

[...] Com grifos no original.

Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.407 (Plenário, J. 7.3.1996, DJ 24.11.2000):

[...]

VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL - RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que

seguem os demais ministros da Corte, em sede de “devido processo legal substantivo” (ou *substantive due process of law*).<sup>50</sup>

consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.

Com grifos no original.

Recurso Extraordinário n. 529.154 (DJ 16.8.2007):

EMENTA: SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO.

INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF). RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA. LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO “SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW”. IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 - RTJ 173/807-808 - RTJ 178/22-24). O PODER DE TRIBUTAR - QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE - “NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR” (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132). A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE. A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO “ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE”. DOCTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

[...]

- 50 Tenha-se parcela de ementa de acórdão nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 173

(Relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, J. 26.9.2008, DJ 20.3.2009):

[...]

3. Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição.

É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável.

[...]

O Tribunal tem afastado o uso de “sanções políticas” como instrumento de cobrança de tributos por entender violado o princípio do devido processo legal substantivo.<sup>51</sup>

Discussão semelhante está ocorrendo na Corte nos autos do *Recurso Extraordinário n. 550.769 3.952 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.*, ambos sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Nesses aludidos feitos questiona-se a validade constitucional do “regime especial de IPI das empresas tabagistas” regulado pelo Decreto-Lei n. 1.593/1977.<sup>52</sup>

As teses no sentido da invalidade do citado “regime especial” sustentam a violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da vedação de sanções políticas, da livre iniciativa, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Oficiando na qualidade de procurador da Fazenda Nacional apresentei parecer, nos autos dos aludidos feitos, cuja ementa tem o subsequente teor:

Constitucional. Tributário. IPI. Regime Especial. Decreto-Lei n. 1.593/1977.

Devido processo legal substantivo respeitado.

Indústria tabagista. Atividade econômica tolerada pelo Estado.

51 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 413.782, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, J. 17.3.2005, DJ 3.6.2005).

52 Eis o dispositivo atacado:

Art. 2º O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:

I - desatendimento dos requisitos que condicionaram a concessão do registro;

II - não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal;

III - prática de conluio ou fraude, como definidos na Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, ou de crime contra a ordem tributária previsto na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, ou de qualquer outra infração cuja tipificação decorra do descumprimento de normas reguladoras da produção, importação e comercialização de cigarros e outros derivados de tabaco, após decisão transitada em julgado.

[...]

§ 5º Do ato que cancelar o registro especial caberá recurso ao Secretário da Receita Federal, sem efeito suspensivo, dentro de trinta dias, contados da data de sua publicação, sendo definitiva a decisão na esfera administrativa.

Razoabilidade e proporcionalidade das restrições legais inquinadas.

Ponderação de interesses. Saúde pública. Defesa do consumidor. Liberdade de concorrência.

A livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna.

Todas as normas e medidas jurídicas para controlar com rigor e austeridade a produção de cigarros são constitucionalmente válidas, politicamente legítimas, moralmente aceitáveis e socialmente desejáveis.<sup>53</sup>

O julgamento dos mencionados feitos já se iniciou. No referido *RE 550.769*, o relator Ministro Joaquim Barbosa votou pelo desprovimento do recurso, por entender que no caso concreto não se vislumbrava a alegada inconstitucionalidade. Após o seu voto, pediu vista do feito o Ministro Ricardo Lewandowski. No julgamento da *ADIN 3952*, o relator Ministro Joaquim Barbosa votou pela procedência parcial do pedido. Após o seu voto, pediu vista a Ministra Cármen Lúcia.<sup>54</sup>

Se a Corte vier a decretar a inconstitucionalidade do aludido dispositivo estará assemelhando as situações às mesmas hipóteses dos precedentes relativos às “sanções políticas”. Se acaso o Tribunal julgar válido o conjunto normativo estará fazendo uma delicada e relevante distinção no sentido de que a finalidade precípua do regime especial não é a cobrança do tributo, mas a regularidade da atividade econômica.

Nada obstante tenha oficiado no sentido da validade constitucional das normas jurídicas impugnadas, parece-me aceitável eventual decisão em sentido contrário.

Nessa perspectiva, à luz do que foi exposto, é de ver que a jurisprudência da Corte, em sede de “devido processo legal processual” é defensiva e praticamente não conhece das controvérsias que lhe são submetidas sob o fundamento de cuidar-se de matéria infraconstitucional.

Já em sede de “devido processo legal substantivo”, o Tribunal avançar no conhecimento das causas e verifica se as normas jurídicas

53 ALVES JR., Luís Carlos Martins. IPI – Regime Especial Relativos às Empresas Fabricantes de Cigarros. Parecer. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 169, p. 169-180, São Paulo: Dialética, outubro de 2009. p. 169-180.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência ns. 505 e 605.

estão em conformidade com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (compatibilidade, aceitabilidade, necessidade e adequação).

Finalizo este tópico recordando o já citado Nelson Nery Júnior<sup>55</sup>:

Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que a cláusula procedural *due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de *ter his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5º seriam absolutamente *despiciendos*. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.

Como aludido no referido magistério doutrinário, os temas do “contraditório”, da “ampla defesa” e das “provas ilícitas”, indiscutíveis derivações do “devido processo legal”, também têm sido objeto de apreciação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois a tradição autoritária do direito brasileiro pressupõe a explicitação de garantias fundamentais. Não são prescrições meramente expletivas, mas dispositivos piches de forte conteúdo normativo.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao meu sentir, o STF, no tocante ao “devido processo legal processual” tem se esquivado de julgar as controvérsias, sob a justificativa de cuidar-se de tema de índole infraconstitucional. Mas no que toca ao “devido processo legal substantivo”, o Tribunal tem procurado atuar estrita obediência à Constituição, inquinando de inválidas as normas desproporcionais ou desarrazoadas, ou seja, incompatíveis, desnecessárias, inadequadas e inaceitáveis.

---

<sup>55</sup> NERY JR., *op.cit.* p. 42.

De efeito, nos regimes constitucionais democráticos, como o nosso pretende ser, devem os juízes (de quaisquer instâncias) julgar as causas segundo o ordenamento jurídico (Constituição, Leis nacionais, “Leis” internacionais, precedentes e costumes), de modo a garantir a correta *punição dos culpados e a devida absolvição dos inocentes*, pois a Justiça está no rigoroso e imparcial cumprimento da “Lei”, temperada, de acordo com as circunstâncias do caso, com a equidade (bom senso e prudência).

E, para finalizar, relembro clássica passagem de Pimenta Bueno<sup>56</sup>, nosso constitucionalista canônico, escrita no ano de 1857, mas de extrema atualidade para os dias que vivenciamos:

Por isso mesmo que a sociedade deve possuir e exigir uma administração da justiça protetora, fácil, pronta e imparcial; por isso mesmo que este poder exerce preponderante influência sobre a ordem pública e destinos sociais, influência que se estende sobre todas as classes, que se exerce diariamente sobre a honra, liberdade, fortuna e vida dos cidadãos; por isso mesmo, dizemos, é óbvio que nem a constituição nem as leis orgânicas deveriam jamais olvidar-se das condições essenciais para que ele ministre todas as garantias, para que possa desempenhar sua alta missão, e ao mesmo tempo não possa abusar sem recursos ou impunemente.

A constituição especial do poder judiciário é um objeto digno de toda a atenção nacional; e felizmente a nossa lei fundamental firmou e bem as bases, as mais importantes.

## REFERÊNCIAS

### DOCTRINÁRIAS:

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano – fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *Direitos Constitucionais Fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

---

56 PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978. p. 321.



- ALVES JR., Luís Carlos Martins. IPI – Regime Especial Relativos às Empresas Fabricantes de Cigarros. Parecer. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 169, São Paulo: Dialética, outubro de 2009.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Martins Fontes, 1999.
- FULLER, Lon. *O caso dos denunciantes invejosos – introdução prática às relações entre direito, moral e justiça*. Tradução de Dimitri Dimoulis. São Paulo: RT, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.
- OLIVECRONA, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*. Quartier Latin, 2005.
- PADOVER, Saul. *A constituição viva dos Estados Unidos*. Tradução de A. Della Nina. São Paulo: IBRASA, 1987.
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

#### JUDICIAIS:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 1.049 MC, relator Ministro Carlos Velloso, Plenário, J. 18.5.1995, DJ 25.8.1995.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ACO 1.534, relator Ministro Celso de Mello, Plenário, J. 17.3.2011, DJe. 11.4.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 1.407 MC, relator Ministro Celso de Mello, Plenário, J. 7.3.1996, DJ. 24.11.2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 1.922 MC, relator Ministro Moreira Alves, Plenário, J. 6.10.1999, DJ. 24.11.2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 1.976 MC, relator Ministro Moreira Alves, Plenário, J. 6.10.1999, DJ. 24.11.2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 1.976, relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, J. 28.3.2007, DJ 18.5.2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 173, relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, J. 26.9.2008, DJ 20.3.2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3.952, relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, J. 26.9.2008, DJ 20.3.2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 754.281, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe n. 76, de 26.4.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 812.345, relator Ministro Celso de Mello, DJe n. 74, de 19.4.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 636.925, relator Ministro Ayres Britto, DJe n. 68, de 8.4.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84.078. Pleno. Julgado em 5.2.2009. Acórdão Publicado em 25.2.2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 94.408. 2ª Turma. Julgado em 10.2.2009. Acórdão Publicado em 26.3.2009. Plenário, J. 12.11.1997, DJ. 17.3.2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 210.246, Redator Ministro Nelson Jobim.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 388.359, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, J. 28.3.2007, DJ 22.6.2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 413.782, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, J. 17.3.2005, DJ 3.6.2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 529.154, Relator Ministro Celso de Mello, DJ. 16.8.2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 550.769, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, J. 26.9.2008, DJ 20.3.2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 560.477, Redator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, J. 4.11.2008, DJe 71, de 23.4.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 611.230, Relatora Ministra Ellen Gracie, J. 13.8.2010, DJe. 159, de 27.8.2010.



# IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: INSTRUMENTOS PARA O CONTROLE PREVENTIVO

*ADMINISTRATIVE MISCONDUCT: INSTRUMENTS  
FOR PREVENTIVE CONTROL*

*Marcelo Rodrigues da Silva  
Procurador Federal*

*Docente do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM  
mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Improbidade Administrativa: conceito e delimitação; 2 Instrumentos para o controle preventivo da improbidade administrativa; 2.1 Princípios da Administração Pública; 2.2 Tribunal de Contas; 2.3 Códigos de Conduta da Administração Pública; 2.4 Ombudsman; 2.5 Incompatibilidades; 2.6 Monitoramento de Rendas e Evolução Patrimonial; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Analisa as formas de controle preventivo à improbidade administrativa. A partir da definição de ato de improbidade, trata da necessidade de sua prevenção e elenca os diversos meios de controle dos atos dos agentes públicos. Examina os princípios da Administração Pública, a atuação dos Tribunais de Contas, os códigos de conduta, a figura do ombudsman, as incompatibilidades a que se sujeitam os agentes públicos e o monitoramento de rendas e evolução patrimonial. Conclui pela percepção de que, em certa medida, a sociedade é culpada pela impunidade dos agentes desonestos, não sendo necessários novos diplomas legais acerca do tema, mas a ativa participação da coletividade não admitindo atos de improbidade e exigindo a punição dos faltosos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Improbidade Administrativa. Prevenção. Agentes Públicos. Administração Pública.

**ABSTRACT:** It examines the forms of preventive control for administrative misconduct. From the definition of the act of misconduct, addresses the need for its prevention and control means the various details of the acts of public servants. Examines the principles of public administration, the performance of the courts of Auditors, the codes of conduct, the figure of the ombudsman, the incompatibilities that facing the public agents and the monitoring of income and asset development. Concludes by perception that, to some extent, society is guilty by impunity of dishonest agents, not being necessary new legislation on the subject, but the active participation of collectivity not admitting acts of impropriety and demanding the punishment of misconduct.

**KEYWORDS:** Administrative Misconduct. Prevention. Public Servants. Public Administration.

## INTRODUÇÃO

Sempre se exigiu daqueles que administram a coisa pública honestidade e lisura em seus negócios, tanto particulares quanto públicos. É direito fundamental do cidadão fazer-se dirigir e representar por um governo justo integrado por homens virtuosos e honestos. A preocupação surge quando o agente enverada no caminho da imoralidade, da ilegalidade, da desonestidade, e, enfim, no caminho que é avesso a tudo quanto dele legitimamente se espera.

A Constituição de 1988 ocupou-se em disciplinar o tema no § 4.º de seu artigo 37: estabeleceu duras penas a serem aplicadas ao agente público autor de atos de improbidade. O dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 8.429/92, alcinhada “Lei de Improbidade Administrativa”, que cuidou em definir hipóteses nas quais o ilícito ocorre e o procedimento judicial voltado a aplicar as penas capituladas no Texto Constitucional e outras nela consignadas.

O sistema cuida, assim, da repressão ao ato ímprobo, i.e., a punição *ex post facto*, em momento que a Administração e a sociedade já sofreram o prejuízo. Todavia, o que a norma constitucional busca, em primeiro plano, é justamente evitar que o dano (ato de improbidade) ocorra, não se conformando apenas com a punição dos infratores e a recomposição do erário.

Por outro lado, a experiência prática demonstra a ineficácia do sistema repressivo. O Cadastro Nacional dos Condenados por Improbidade Administrativa, instituído pela Resolução nº 44/07 do Conselho Nacional de Justiça, evidencia a falta de adesão à ação de improbidade administrativa, malgrado a Lei nº 8.429/92 estar em vigência a cerca de 20 anos<sup>1</sup>. Outro fator que milita em prol da ineficácia do sistema repressivo é a ausência de aparelhamento específico para o Poder Judiciário administrar tais ações. Não se tem conhecimento da existência de varas especializadas em demandas que versem improbidade administrativa, a exemplo do que ocorre em tema de falência, infância, registros públicos, crimes contra o sistema financeiro, etc.

O tortuoso procedimento preliminar instituído pela malsinada Medida Provisória nº 2.225-45/01, aliado à complexidade que, de

---

<sup>1</sup> Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, até 17/01/2011 a Justiça brasileira totalizava 3.393 condenações transitadas em julgado pela prática de ato de improbidade administrativa.

ordinário, cerca a matéria probatória posta em debate, faz com que as ações de improbidade administrativa tramitem por tempo médio superior ao dobro daquele dispensado às demais ações cíveis. Ao cabo da lide, de regra, o prejuízo não é reparado porque o patrimônio do causador do dano esvaiu-se, remanescendo o sentimento geral de impunidade.

A todas as luzes, este sistema, embora necessário, não basta a evitar que o ilícito se perpetue. Daí a necessidade de investigação acerca dos instrumentos de prevenção ao ato desonesto. Trata-se de controle que, muito antes de reprimir, objetiva evitar que o ato ímprobo surja, ou ainda, que seja detectado na fase inicial de surgimento.

O tema é atual frente às incursões que diversos agentes fizeram e fazem contra a coisa pública. Os escândalos vêm à tona quando, no mais das vezes, o prejuízo já se consumou. Num país em que os recursos são escassos e limitados, mal e mal sendo suficiente a propiciar a todos um mínimo existencial digno, a prevenção contra atos desonestos de parte dos agentes públicos é mais do que necessária.

## 1 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: CONCEITO E DELIMITAÇÃO

De modo geral os homens conduzem com esmero seus negócios particulares, atuando com boa fé, retidão e honestidade. Dedicando-se, todavia, a seus negócios privados, não dispõe de tempo e nem interesse para lidar com o que a todos pertence, i.e., a coisa pública.

Surge daí a necessidade de eleger pessoas dedicadas e capazes de gerir os negócios públicos. Inobstante a fragilidade do controle social sobre seus atos, são grandes as responsabilidades postas sobre os ombros do agente público. Seja pela vasta dimensão de tarefas a cumprir, seja pela modicidade de recursos que, de ordinário, são postos à sua disposição, seja pelos entraves burocráticos típicos da máquina pública, o agente encontra várias barreiras a sua frente, não podendo render-se aos 'caminhos fáceis', às venalidades, aos assédios do Poder Econômico.

Justamente por conta das sabidas dificuldades enfrentadas na Administração Pública é que se espera de todo aquele que exerce uma função pública a retidão de caráter, a honestidade, a boa fé, a integridade e a honradez superiores, ou no mínimo idênticas, àquelas com que conduz seus negócios privados. Em uma só frase: todo o agente público tem o dever de atuar com probidade na gestão da coisa pública.



A probidade, assim, consiste na qualidade do homem público que não transige com valores éticos e morais; que atua com honestidade, lealdade, boa fé e dignidade; que respeita a função pública, o patrimônio público e o administrado; que atua conforme as leis e segundo os princípios retores da Administração Pública; que, enfim, respeitando as regras democráticas do Estado de Direito, atende às necessidades públicas e aos interesses da coletividade.

Probidade não se confunde com moralidade. Esta, na verdade, está inserida naquela. O respeito à moral é um dos pressupostos que, aliado a outras virtudes, alcança o qualificativo de agir probo. Não basta respeitar à moralidade para ser probo. É necessário mais. É necessário respeitar valores éticos, ser honesto, respeitar o próximo, cumprir as leis e, no campo da Administração Pública, respeitar os princípios da Administração, zelar pelo patrimônio público e atender aos interesses da coletividade.

Na realidade, probidade no trato da coisa pública é conceito aberto<sup>2</sup> que engloba todas as virtudes de um bom administrador, de um bom pai de família, de um bom cidadão e de um bom administrado. É legítimo esperar-se que o agente público não faça nada errado, assim entendida qualquer transgressão a regras de natureza não apenas legal, mas ética, moral, social e familiar.

Não se espera, todavia, que o agente público seja um ser sobre humano. Busca-se apenas que no trato da coisa pública cumpra um dos princípios fundamentais do direito, qual seja, *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não prejudicar outrem, dar a cada um o que é seu).

O agente que, de algum modo, frustra essas justas expectativas opera no campo da improbidade, conduta a ser prevenida pela adoção dos mecanismos a seguir elencados.

## 2 INSTRUMENTOS PARA O CONTROLE PREVENTIVO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As formas de prevenção aos atos desonestos praticados por agentes públicos tem ganhado destaque em face de suas inquestionáveis

<sup>2</sup> Maria Sylvania Zanella di Pietro, para quem, em sentido amplo, moralidade administrativa se identifica com probidade administrativa, afirma tratar-se de conceito jurídico indeterminado, i.e., “trata-se de conceito de valor, sem conteúdo jurídico preciso que possa ser definido pelo direito positivo” (*Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.696).

vantagens, das quais destacamos: evitar que o ilícito se perpetue, ou, quando menos, detectá-lo em sua fase inicial, quando o prejuízo patrimonial e social decorrente é menor e ainda passível de reparação.

O ordenamento jurídico contempla diversas formas de controle: princípios que orientam a atuação da Administração e consequentemente dos executores de seus atos materiais (i.e., os agentes públicos); normas éticas e deontológicas; sistema de fiscalização orçamentária, financeira, patrimonial e contábil; sistemas de controle externo; regras tendentes a evitar favorecimentos; e monitoramento da evolução patrimonial.

É desses mecanismos que passaremos a tratar.

## 2.1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A estrutura da Administração Pública definida pela Constituição Federal de 1988 foi edificada sobre os pilares da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e, a partir da EC-19/98, da eficiência. São esses os alicerces, os princípios retores da Administração. O desrespeito a qualquer desses princípios ameaça de ruína a estrutura arquitetada pelo Texto Magno.

Ante sua importância, e com vistas a não tornar o presente trabalho enfadonho, passamos em celeridade aos princípios elencados.

Segundo o princípio da legalidade, é dado ao administrador atuar “se” e “quando” a lei o disser. Difere da chamada legalidade negativa, afeta ao administrado, que tudo pode exceto o que a lei veda. Portanto, o agente público restringe seu agir àquilo, e somente aquilo, que a lei determina que o faça.

O princípio da impessoalidade determina que a Administração opere em favorecimentos, sem privilégios, tratando de igual modo todos os administrados que se encontrarem na mesma situação. É a efetivação do princípio da isonomia por parte da Administração, que deve repudiar toda forma de distinção imotivada e injustificada. É também com base na impessoalidade que a Administração Pública responde, perante terceiros, pelos atos praticados por seus agentes. Isto porque o agente público é mero instrumento da vontade estatal (no mais, fundada em lei), não agindo em seu próprio nome ou interesse, mas no interesse e em nome da Administração.

Já o princípio da publicidade impõe o dever de transparência. Para alcançar eficácia e validade, os atos da Administração devem ser públicos, conhecidos pelos administrados. Não há ato administrativo válido e eficaz sem publicidade. Sua finalidade é permitir o controle dos atos da Administração. Apenas em tema de soberania nacional e segurança pública o princípio em debate sofre mitigação.

A eficiência, princípio inserido no rol do artigo 37 da Constituição Federal pela EC-19/98, consiste na adequada e racional utilização dos recursos públicos do modo mais econômico e mais vantajoso para o interesse público. É o dever de buscar o melhor resultado com os recursos que o administrador tem a sua disposição.

Por força do princípio da moralidade, o administrador deve agir com boa fé, lealdade e honestidade, respeitando valores éticos e abstendo-se de condutas maliciosas, sorrateiras e que possam confundir ou dificultar o exercício de direitos por parte dos administrados. A Administração não busca a vantagem, mas a plena satisfação do interesse público. Nesse passo, está proibida de adotar qualquer artil tendente a prejudicar o interesse de terceiros.

Individualmente considerados, os princípios não representam mais que exortação ao bom desempenho da atividade administrativa. Por isso devem ser entendidos e respeitados como estrutura indivisível que alicerça a Administração Pública. Não basta observância da legalidade, ou da moralidade, ou da publicidade, e menoscabo aos demais postulados. Todos devem, igualmente, ser respeitados, sob pena de ruir o edifício.

O agente que, atendendo uma necessidade pública, no exercício de sua competência legal, promove desapropriação de imóveis para a realização de obra pública, respeitando a publicidade necessária ao ato, sem que, para tanto, disponha de recursos orçamentários (inviabilizando, assim, todo o projeto), infringe o princípio da eficiência e, por conseguinte, pratica ato de improbidade. Aquele que edita ato normativo fixando em horas o prazo para o administrado impugnar decisão que lhe é desfavorável, mesmo respeitando os demais princípios afetos à Administração Pública, por ofender a moralidade administrativa, pratica ato de improbidade. Também o agente que, guarnecido por hipótese dispensa de licitação, atento aos demais princípios, contrata empresa titularizada pelo cônjuge, por ofensa à impessoalidade, viola a probidade administrativa.

Os princípios da Administração devem ser enxergados como um conjunto incindível, como um bloco monolítico e indivisível de deveres a serem cumpridos pelo agente no desempenho da função pública. O desrespeito, a um deles que seja, configura ato de improbidade administrativa, tal como prescrito no artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

Portanto, a primeira forma de controle preventivo contra a improbidade administrativa é o agente ter conhecimento de que não basta o respeito a alguns dos princípios em exame, mas à sua totalidade. Se o agente tem sua conduta pautada pela legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade, não poderá ser qualificado como ímprobo. Em outras palavras, somente haverá probidade se o atuar do agente público respeitar, em conjunto, esses princípios.

## 2.2 TRIBUNAL DE CONTAS

É clássica a distinção entre as formas de controle da Administração Pública: controle interno, exercido pelo próprio Órgão, e controle externo, exercido pelo Poder Legislativo secundado pelo Tribunal de Contas. Insere-se, pois, nas atribuições da Corte de Contas a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das Pessoas Políticas e da Administração Indireta, bem assim como de todos, pessoas naturais ou jurídicas, quantos utilizem, arrecadem, guardem, fiscalizem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens ou valores públicos, ou ainda que assumam obrigações pecuniárias em nome daquelas<sup>3</sup>.

A análise dos incisos I a VIII do artigo 71 da Constituição Federal leva à percepção de que os Tribunais de Contas exercem controle *'ex post facto'*, i.e., posterior à prática do ato. Não se trata, assim, de controle preventivo ao ato desonesto, mas controle posterior, e como tal, repleto dos aspectos negativos (e muitas vezes ineficientes) que cercam essa modalidade de fiscalização<sup>4</sup>.

Ocorre, todavia, que as competências das Cortes de Contas não se limitam aos incisos I a VIII do artigo referido. Outras há que põe em relevo sua vocação de prevenir a prática do ato de improbidade.

3 CF, art.70.

4 É dizer, o controle posterior não impede que o dano ao erário ocorra. Visa, segundo dissemos, evitar sua reiteração.

Nesse sentido merece destaque a atuação consultiva dos Tribunais de Contas. Antes de efetivar o investimento, ao agente público é franqueado indagar à Corte qual interpretação dos dispositivos legais e regulamentares é a adequada ao caso concreto<sup>5</sup>. Inequivocamente esta atuação tem o escopo de coibir desvios à legalidade e, conseqüentemente, a prática de ato de improbidade, quando menos, por infração aos princípios da Administração Pública<sup>6</sup>.

Uma vez detectada a ilegalidade do ato ou contrato, a Corte pode assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias à sua retificação, i.e., para que seja respeitada a legalidade<sup>7</sup>. Caso não adotadas as providências necessárias ao convalescimento do ato, a Corte poderá suspender sua execução, de tudo comunicando o Parlamento<sup>8</sup>. Forte nessa competência, o Órgão de Contas evita sejam causados prejuízos ao erário, num primeiro momento obrigando o agente público a promover os reparos necessários no ato ou contrato administrativo, e num segundo momento impedindo que o negócio jurídico opere efeitos.

Vale, por oportuno, uma ressalva: em se cuidando de contrato administrativo, a primazia para frear sua execução é do Parlamento. Caso a inércia desta Casa se estenda por mais de 90 dias, instaura-se, a partir de então, a competência do Tribunal de Contas para suspender sua execução<sup>9</sup>.

Para o bom desempenho dessas atribuições, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que a Corte de Contas detém competência plena para o exame da constitucionalidade de leis e atos administrativos submetidos a seu controle (súmula 347: o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público). A justificativa é simples: o ato ou contrato administrativo submetido a exame pode

5 Dispõe sua Lei Orgânica que compete ao Tribunal de Contas da União responder “consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no regimento interno” (Lei n° 8.443/92, art.1°, XVII).

6 Lei n. 8.429/92, artigo 11.

7 CF, art.71, IX.

8 CF, art.71, X.

9 CF, art.71 §§ 1° e 2°.

fundar-se em lei que ofende à Constituição. Nesses casos, a aferição da constitucionalidade da norma antecede o exame do ato concreto.

O controle externo da Administração Pública a cargo do Tribunal de Contas realiza-se, como visto, não somente após a prática de atos e a celebração de contratos administrativos, mas também prévia e concomitantemente à realização. Efetiva-se, assim, em momento onde é possível, ou evitar a prática do ato ímprobo, ou reduzir os prejuízos dele decorrentes.

Por fim, a Corte de Contas tem estrita atuação no combate ao enriquecimento ilícito. Ocupando-se em monitorar a evolução patrimonial dos agentes públicos<sup>10</sup>, pode exigir a comprovação de origem dos bens e rendas amealhados<sup>11</sup>. Com isso previne-se que o agente desonesto possa acumular bens injustamente valendo-se das facilidades propiciadas pelo cargo.

### 2.3 CÓDIGOS DE CONDUTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A improbidade floresce nos campos onde não é semeada a ética e não se colhem valores morais. A ética permite distinguir, com clareza, o que é certo e o que é errado. A moral orienta a retidão de conduta, a prática da equidade e o sentido da justiça. São preceitos metajurídicos que preenchem o ser humano e permitem o convívio social harmônico e equilibrado.

Na tradição ocidental, especialmente nos países de origem romano-germânica (*civil law*), a profusão de relações jurídicas travadas na sociedade moderna não se compraz com a adoção de regras implícitas, preceitos metajurídicos não escritos mas seguidos por costume, ainda que em tema de ética e moral.

Surge, daí, os códigos de ética profissional ou códigos deontológicos. São regras de condutas afetas a determinadas categorias profissionais (a exemplo dos advogados, médicos, engenheiros, etc), criadas e positivadas pelos próprios pares. Tais regras apelam respeito à eticidade e à moralidade do profissional, seja no trato entre colegas, seja na lida com os destinatários finais dos serviços profissionais.

10 Lei n. 8.730/93, art.1º, § 2º.

11 Lei n. 8.730/93, art.2º, § 7º, b.

O ponto marcante dos códigos de ética é a enunciação específica de deveres e vedações a serem observados pelos destinatários. A eticidade, portanto, consiste no objetivo respeito às suas disposições, conferindo-lhes operatividade e evitando discussões ou julgamentos prolongados e desgastantes.

De par com tratados internacionais para o combate à corrupção<sup>12</sup>, foi criada, no âmbito da Administração Pública Federal, duas espécies de código de conduta profissional dos agentes públicos: o Código de Conduta da Alta Administração Federal (objeto da Exposição de Motivos nº 37, de 18/08/2000) e o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171/94). O primeiro dedica atenção às altas autoridades públicas da União, assim considerados os Ministros e Secretários de Estado, os titulares de cargos de natureza especial (NES) ou equivalente, os titulares de cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS) nível 06, bem como os presidentes e diretores das pessoas jurídicas que integram a Administração Indireta. O segundo é voltado a todos os demais servidores civis do Executivo Federal.

No campo da prevenção aos atos de improbidade, relevantes são as obrigações das altas autoridades prestarem informações acerca de sua situação patrimonial que, real ou potencialmente, possa gerar conflito com o interesse público<sup>13</sup>; informar atos de gestão patrimonial que envolva transferência de bens a parentes, aquisição do controle de empresas, alterações significativas em seu patrimônio, ou ainda situações que possam gerar valorização substancial dos bens em decorrência de ato governamental<sup>14</sup>; e declarar seu impedimento para a prática de atos ou tomada de decisões, sempre que tal ocorra<sup>15</sup>.

Para conferir eficácia aos códigos de conduta, foi criado o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal (Decreto nº 6.029/07). Trata-se de sistema unificado de controle da ética pública no âmbito da Administração Federal que se desenvolve através das atividades de

---

12 A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em seu artigo 8.o, determina a edição de códigos de conduta para os agentes públicos como forma de difundir os deveres de honestidade, integridade e responsabilidade, indicando, como modelo, o Código Internacional de Conduta para os Agentes Públicos anexo à Resolução da Assembleia Geral nº 51/59, de 12.12.1996.

13 Código de Conduta da Alta Administração Federal, art.4.º.

14 Idem, art. 5.º.

15 Idem, art. 10

consultoria, interpretação e julgamento das consultas e das condutas dos agentes públicos.

Inobstante eivado de mais efetivo caráter coercitivo<sup>16</sup>, os códigos de conduta orientam e controlam a atuação do agente público, prevenindo a concretização de atos tendentes a causar prejuízo ao erário, a ofender princípios da Administração Pública, ou mesmo a gerar enriquecimento sem causa.

## 2.4 OMBUDSMAN

Uma das mais eficazes formas de controle preventivo contra a improbidade é a existência de meios simples e diretos de comunicação e denúncia postos a disposição da sociedade. A certeza de que os eventuais desvios serão investigados, ainda que comunicados por uma simples ligação telefônica, e-mail ou carta, de um lado tranquiliza e conforta a população, e de outro, coloca o agente público em estado de vigilância e atenção (uma vez que a sociedade se põe a fiscalizar suas atividades).

A figura do ombudsman, surgida na Constituição sueca de 1809, atende a essa necessidade: um agente público, dotado das garantias funcionais de independência e inviolabilidade, se posta a fiscalizar a prestação dos serviços públicos e a receber as denúncias da sociedade, preliminarmente investigando-as e posteriormente encaminhando-as aos órgãos estatais repressivos. Assim, o ombudsman goza de trânsito livre pelos mais diversos órgãos estatais, podendo adotar todos os meios necessários ao bom desempenho de suas atividades (examinar documentos, realizar constatações *in loco*, expedir intimações, etc.).

No Brasil, essas atribuições são pulverizadas em diversos órgãos como as ouvidorias, a Corregedoria Geral da União e o Ministério Público.

As ouvidorias, criadas no âmbito das Pessoas Políticas, não são estruturadas em carreira, mas exercidas por meio de cargos em comissão. Suas atribuições, de modo geral, compreendem receber críticas, sugestões, consultas e denúncias relativas a uma atividade estatal específica (ouvidoria das Polícias Civil e Militar, ouvidoria do Tribunal de Justiça, ouvidoria de determinado hospital público, etc.).

16 Os órgãos do Sistema de Gestão da Ética podem somente aplicar a pena de advertência ou censura ao agente faltoso, e sugerir à autoridade competente sua exoneração do cargo em comissão, ou recomendar a instauração de processo administrativo disciplinar.



De posse do material informativo – a depender do perfil conferido à ouvidoria – o ouvidor poderá sugerir aperfeiçoamento na prestação dos serviços fiscalizados e solicitar ao órgão responsável a apuração dos desvios eventualmente ocorridos.

A crítica que se faz às ouvidorias é a inexistência de uma estrutura perene e profissionalizada, organizada em carreira, conferindo estabilidade e autonomia a seus integrantes. No mais das vezes, o órgão é criado por ato do Poder Executivo, e os cargos são de livre nomeação e exoneração. Assim, todas as vezes que a postura do ouvidor não se alinha com os interesses e políticas do Chefe do Executivo, inobstante haja fundamento para críticas e apuração de desvios, estará sujeito a deixar o cargo e, por conseguinte, todo o trabalho de fiscalização que vinha realizando.

No âmbito da administração pública federal foi criada a Corregedoria Geral da União (CGU), órgão com status de Ministério, que além de englobar a atividade de ouvidoria, tem a vocação legal de prevenir e combater a corrupção<sup>17</sup>. Trata-se de órgão perene e estruturado em carreira, constituído pelo Ministro Chefe, Gabinete, Assessoria Jurídica, Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, Comissão de Coordenação de Controle Interno, Secretaria Executiva, Corregedoria Geral da União, Ouvidoria Geral da União e mais duas Secretarias.

Suas atribuições compreendem assistir o Presidente da República em tema de defesa do patrimônio público, controle interno, auditoria pública e correição, desenvolvendo ainda as atividades de ouvidoria e incremento da transparência no âmbito da Administração Pública Federal.

A CGU recebe denúncias e representações versando lesão ao patrimônio público, cabendo-lhe dar o andamento necessário à apuração, por si ou por outros órgãos de controle da União, mas sempre zelando pela efetiva apuração dos fatos comunicados. No vezo de proteger a coisa pública, é permitido que atue de ofício, requisitando a instauração de sindicâncias e procedimentos investigativos que se fizerem necessário,

17 Lei nº 10.683/03, art. 17. À Controladoria-Geral da União compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal.

podendo inclusive avocar os processos administrativos em curso com o objetivo de corrigir-lhes o andamento, promovendo a aplicação da penalidade cabível.

Deparando-se com práticas que configuram ato de improbidade, a CGU deverá solicitar à Advocacia Geral da União a instauração de ação de improbidade administrativa e a adoção de medidas judiciais voltadas a tornar indisponíveis os bens dos agentes públicos envolvidos e ressarcir o erário. Sempre que necessário, poderá solicitar auxílio do Tribunal de Contas da União, da Secretaria da Receita Federal do Brasil e dos demais órgãos de controle interno do Poder Executivo Federal. Por fim, quando os fatos investigados configurarem infração penal, deverá comunicar o Departamento de Polícia Federal e o Ministério Público Federal para as apurações pertinentes.

O Ministério Público também desempenha a função de receber denúncias e apurar desvios no exercício da atividade estatal. Dentre suas atividades insere-se a de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”<sup>18</sup> e “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”<sup>19</sup>.

Para o bom desempenho de tais responsabilidades foi assegurado ao membro do Ministério Público as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e independência funcional. Ademais, o Órgão cerca-se de autonomia funcional e administrativa, sendo-lhe franqueado elaborar sua própria proposta orçamentária. Portanto, foi conferida à Instituição toda a infraestrutura necessária ao pleno exercício da atividade preventiva de combate à improbidade administrativa.

A experiência nacional, todavia, demonstra que, inobstante os ares democráticos trazidos pela Constituição de 1988, o Ministério Público nacional como um todo ainda foca a quase totalidade de seus esforços na atuação criminal. São tímidas as iniciativas de aparelhamento e difusão de estrutura no combate preventivo a atos desonestos praticados por agentes públicos. Resta-nos, então, aguardar que o *Parquet* tome seu

18 CF, art.129, I.

19 CF, art.129, II.

lugar na história e faça valer sua missão constitucional na mais ampla inteireza.

## 2.5 INCOMPATIBILIDADES

Como dito alhures, a Administração fundamenta todo o seu agir, dentre outros, no princípio da impessoalidade, de modo que lhe é interdito atuar com favoritismos, preferências ou, de qualquer modo, conferindo tratamento desigual aos administrados. Para prevenir condutas desse quilate é que são criadas as incompatibilidades, i.e., hipóteses em que o agente público – ante sua pessoal situação (por laços de amizade, familiares, econômicos, etc.) – deve abster-se de atuar, fazendo-se substituir por outro colega, ou afastando-se de uma atividade privada para que possa exercer a atividade pública.

Tais situações são previstas na norma e classicamente são categorizadas em impedimentos e suspeições. Os primeiros, de natureza absoluta, desrespeitados que sejam, tornam o ato nulo porque o grau de ofensa, ainda que potencial, ao princípio da impessoalidade é tamanha que nada o fará convalescer. Os segundos, de natureza relativa, tornam o ato anulável a depender da violação concreta à impessoalidade e dos danos ocasionados.

O traço marcante das incompatibilidades, seja impedimento, seja suspeição, é o objetivo de prevenir a ofensa à impessoalidade. O legislador identifica, em abstrato, a situação que pode ferir de parcialidade o agente público e define meios de neutralizá-la (seja determinando a substituição do agente público, seja vinculando sua posse ao afastamento da atividade privada, seja afastando-o de certas atividades privadas após o exercício do cargo, p.ex.).

Várias são as hipóteses de incompatibilidade, não sendo objeto desse trabalho exauri-las. Todavia, dada sua relevância, elencaremos as hipóteses que se nos afiguram mais importantes.

O Texto Constitucional traz elenco de incompatibilidades afetas aos parlamentares. A fim de evitar que favores sejam concedidos ao particular com recursos públicos diretos ou indiretos, o deputado federal e o senador devem, de modo geral, afastar-se de atividades privadas que mantenham relações comerciais com a Administração Pública<sup>20</sup>.

20 CF, art.54, I e II, alíneas 'a' a 'c'.

A Lei Geral de Licitações e Contratos impede que determinadas pessoas participem do certame uma vez que, por óbvio, poderão violar a isonomia necessária ao procedimento. A primeira delas é o agente público que integra o órgão contratante ou que seja responsável pela licitação. Também impedida de tomar parte no procedimento é a pessoa, física ou jurídica, que elaborou, no todo ou em parte, o projeto cuja execução é licitada<sup>21</sup>.

A Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo federal, em seus artigos 18 e 20, estabelece a incompatibilidade do servidor que: tenha interesse direto ou indireto na matéria examinada no processo; tenha funcionado como perito, testemunha ou representante, ou se o seu cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau tenha ocupado tais funções; esteja litigando com o interessado ou o respectivo cônjuge ou companheiro; tenha amizade ou inimizade com o interessado, seu cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau.

Os estatutos de servidores públicos costumam estabelecer ao menos duas incompatibilidades a seus funcionários: representar interesses de terceiros na repartição pública (exceto em tema previdenciário para ascendente, descendente e colateral até o segundo grau); e ocupar cargo de gerente ou sócio administrador de pessoas jurídicas com fins lucrativos. É o caso do estatuto dos servidores civis da União, Lei nº 8.112/90, que em seu artigo 117, incisos X e XII, estampa ambas as vedações<sup>22</sup>.

A incompatibilidade não se prende ao exercício atual do cargo, podendo estender-se a período ulterior ao afastamento do agente. É a chamada quarentena, i.e., período em que as autoridades ficam impedidas de exercer determinadas atividades privadas após deixarem o cargo público. Os membros da magistratura e do Ministério Público estão, pelo período de 03 anos, impedidos de exercer a advocacia perante os juízos e Tribunais em que se deu o afastamento<sup>23</sup>. Os presidentes e diretores de agências reguladoras estão impedidos, por determinado tempo, de ocupar cargos nas empresas pertencentes ao setor regulado ou de representá-las junto ao órgão regulador do qual se afastaram<sup>24</sup>.

21 Lei nº 8.666/93, art.9º.

22 A exceção fica, evidentemente, por conta da participação no conselho fiscal e de administração das empresas estatais pertencentes à União (Lei nº 8.112/90, art.117 parágrafo único).

23 CF, art.95, parágrafo único, V, e art.128, § 6º.

24 Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.427/96, em seu art.9.o, prevê a quarentena de 12 meses; Agência Nacional do Petróleo (ANP), criada pela Lei nº 9.478/97, em seu art.14, prevê a quarentena de 12 meses; Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criada pela Lei

Em todos esses casos a medida encontra a mesma justificativa: evitar que o ex-agente público, na defesa de interesses privados, valha-se de informações privilegiadas angariadas no exercício do cargo, ou que influencie os colegas que remanescem no serviço ativo.

Uma vez impedindo que o agente público seja exposto a situações capazes de por em dúvida sua imparcialidade, a proibidade na Administração é posta a salvo.

## 2.6 MONITORAMENTO DE RENDAS E DA EVOLUÇÃO PATRIMONIAL

Os indícios mais veementes da improbidade administrativa se materializam no acréscimo patrimonial incompatível com as rendas do agente público. Tanto assim que o ato fica configurado por seus efeitos: independentemente dos meios porque ocorra, o enriquecimento sem causa constitui ato de improbidade, ainda que desacompanhado de prejuízo ao erário ou de inobservância aos princípios da Administração Pública, tal qual definido no artigo 9.º da Lei nº 8.429/92.

O agente público pode auferir rendimentos em decorrência de outros vínculos de prestação de serviço (quando o cargo não exigir dedicação exclusiva), do recebimento de aluguéis, de investimentos financeiros, da participação societária em empresas, etc. Em consequência, torna-se imprescindível o monitoramento das rendas e da evolução patrimonial dos agentes públicos de modo a identificar acréscimos patrimoniais a descoberto. Disso tratam as Leis n.os 8.429/92 e 8.730/93.

A Lei nº 8.429/92 condiciona a posse e o exercício de cargo público à apresentação de declaração de bens e direitos que compõem seu patrimônio. Deve incluir bens e direitos pertencentes aos dependentes do agente público, uma vez que não é incomum a tentativa de iludir o enriquecimento ilícito através da transmissão de bens a terceiros. A declaração será atualizada anualmente e também quando do afastamento

---

nº 9.472/97, em seu art.30, prevê a quarentena de um ano; Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), criada pela Lei nº 9.782/99, em seu artigo 14, prevê a quarentena de um ano; Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961/00, em seu artigo 9.º, prevê a quarentena de 12 meses; Agência Nacional de Águas (ANA), criada pela Lei nº 9.984/00, não define prazo de quarentena porque o dispositivo que a continha (art.15) foi vetado; Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), criadas pela Lei nº 10.233/01, em seu artigo 59, prevê a quarentena de um ano; Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), criada pela Lei nº 11.182/05, no artigo 19 de seu Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 5.731/06, prevê a quarentena de quatro meses.

do exercício da função pública. A omissão em sua apresentação implica na demissão do agente, sem prejuízo de outras sanções cabíveis<sup>25</sup>.

Inobstante a clareza da norma ao impor a obrigação aos “agentes públicos”, alguma dúvida surgiu quanto a sua aplicação aos denominados “agentes políticos”. Com vistas a esparcar quaisquer dúvidas foi editada a Lei nº 8.730/93, que expressamente obriga à apresentação de declaração de rendas, bens e direitos ao Presidente e ao Vice Presidente da República, aos Ministros de Estado, aos membros do Congresso Nacional, aos membros da Magistratura Federal, aos membros do Ministério Público da União, e, enfim, a todos quantos exerçam cargos eletivos, empregos ou funções de confiança na Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer dos poderes da União<sup>26</sup>.

Embora fazendo menção expressa às autoridades federais, a Lei nº 8.730/93, em seu artigo 7.o, estabelece que suas disposições devam ser observadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Enfim, seja por conta do disposto no artigo 13 da Lei nº 8.429/92, seja pela conjugação dos artigos 1.o e 7.o da Lei nº 8.730/93, todos os agentes que exerçam cargo, emprego ou função pública para qualquer dos Poderes, incluída a Administração Indireta, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estão obrigados a informar regularmente suas rendas, bens e direitos, como instrumento de controle da probidade na Administração Pública.

O monitoramento da evolução patrimonial dos agentes públicos representa mais um salutar instrumento de prevenção à prática de atos de improbidade administrativa não apenas na modalidade enriquecimento ilícito, eis que serve de indicativo de condutas tendentes a causar prejuízo ao erário ou que infrinjam os princípios da Administração Pública.

### 3 CONCLUSÃO

A avidez por vantagem ilegítima não é fenômeno exclusivamente brasileiro. Existe em toda comunidade, variando apenas o grau de reprovação social da conduta e a efetividade em seu controle, tanto preventivo quanto repressivo. É justamente este o ponto que identifica os países em desenvolvimento: a menor reação social aos atos de corrupção e desídia no trato da coisa pública, e a eficácia no controle dos desvios de conduta.

25 Lei nº 8.429/92, art. 13.

26 Lei nº 8.730/93, art. 1º.

É justo esperar de quem ocupa função pública a retidão de conduta, a honestidade, a eticidade, o respeito a valores morais, ao administrado e à coisa pública. O agente público não deve buscar, através do exercício do cargo, vantagens para si, para terceiros ou mesmo para a Administração Pública. Esta almeja atender às necessidades dos cidadãos, ainda que para isso tenha que pagar alto preço. A tarefa, portanto, do agente público é executar a lei sem descuidar o respeito aos princípios da Administração e os fins sociais da norma. Toda vez que se aparta desse caminho o agente público ingressa no campo da improbidade administrativa.

O controle prévio dos atos praticados pelos agentes públicos traz a vantagem de evitar que o ilícito se concretize. Mesmo que tal se afigure impossível em algumas situações concretas, a vantagem se traduz na possibilidade de precocemente identificar o desvio de conduta, permitindo sua retificação ou anulação e reparação dos danos ainda na etapa inicial, quando o prejuízo tende a ser menor.

Em tema de prevenção ao ato ímprobo, o primeiro controle reside na observância, pelo agente público, dos princípios da Administração. Tais princípios representam um todo indivisível, de sorte que para aperfeiçoar-se como probo, o ato deve render respeito, conjuntamente, a todos eles. A inobservância a um deles que seja, ainda que o ato venha desalijado de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito, deságua na improbidade administrativa.

Os Tribunais de Contas atuam no controle prévio, concomitante e posterior dos atos da Administração. As competências de consultoria, fixação de prazo para retificação da ilegalidade e sustação do ato ou contrato, aliadas ao controle de rendas e patrimônio dos agentes públicos, desempenham importante papel no combate à improbidade.

A adoção de códigos de ética, contemplando deveres e proibições no exercício da função pública, reflete diretamente na conduta dos agentes, fazendo-os desviar-se de práticas escusas que certamente deságua na improbidade. Igualmente importante é a existência de sistemas de gestão da ética pública, órgãos voltados ao controle efetivo do respeito aos códigos de ética por parte dos agentes públicos.

A existência de canais rápidos e diretos de comunicação com a população traduz medida eficaz de prevenção aos atos desonestos. As ouvidorias, a Corregedoria Geral da União e o Ministério Público mantém aberta esta linha de comunicação e promovem as averiguações

e encaminhamentos necessários, inclusive adotando, quando for o caso, por si (no caso do Ministério Público) ou por terceiros (no caso das ouvidorias e da CGU), as medidas judiciais necessárias a coartar o ilícito e assegurar o ressarcimento pelos danos causados.

A Administração Pública deve atuar sempre com impessoalidade, conferindo idêntico tratamento a todos os cidadãos. Para evitar ofensa a tal princípio são criadas hipóteses normativas de incompatibilidades, i.e., situações concretas que vedam ou condicionam a atuação do agente. Afastado que fica das situações em que sua imparcialidade é posta a prova, o agente atuará com a esperada probidade.

O monitoramento das rendas e patrimônio dos agentes públicos é instrumento de controle utilizado em diversos países. No Brasil a conjugação das Leis nº 8.429/92 e 8.730/93 torna obrigatório que todo e qualquer agente público apresente a declaração de rendas e bens quando do ingresso e afastamento da função, bem como durante todo o período que estiver em exercício.

Embora alvissareiros, os instrumentos de controle preventivo, de *per si*, restam inócuos se postos a disposição de uma sociedade passiva, leniente e complacente com os desvios de conduta. Concordamos, assim, com Emerson Garcia, para quem:

A prevenção pressupõe a solidificação dos padrões éticos, exigindo a implementação de uma política educacional apta a atenuar as mazelas atuais e a depurar as gerações vindouras, sendo igualmente importante o fortalecimento das instituições com a instalação e funcionamento de Tribunais de Ética, que funcionariam como órgãos de controle interno e atuariam como elementos de assepsia do sistema<sup>27</sup>.

Todo e qualquer órgão estatal reflete a sociedade na qual se encontra inserido. Se há órgãos estatais corruptos é porque a coletividade admite, ou ao menos tolera, que assim o seja. É chegada a hora de dar um basta à ilegalidade, ao apadrinhamento, à desonestidade, à imoralidade, e, enfim, a qualquer desvio de conduta praticado por agentes públicos. Instrumentos de controle existem, mas permanecerão ineficazes diante de uma sociedade marcada pelo esvaecimento de valores morais e éticos.

27 GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.04.



O Brasil caminha a passos cada vez mais largos no combate à improbidade na Administração Pública. Não se faz necessário editar mais normas sobre o tema. Basta que a classe dominante tenha a coragem, o desprendimento e a altivez de aplicar os diversos instrumentos de combate, tanto preventivos quanto repressivos, à improbidade administrativa.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

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

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Enriquecimento ilícito de agentes públicos – evolução patrimonial desproporcional à renda ou patrimônio – Lei Federal nº 8.429/92. *Justitia*, São Paulo, v. 59, n. 177, p.95-110, jan./mar. 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



# A AÇÃO REGRESSIVA ACIDENTÁRIA DO INSS, SUA NATUREZA JURÍDICA E OS TRIBUNAIS

*(THE ACCIDENT REGRESSIVE LAWSUIT OF INSS, ITS  
LEGAL NATURE AND THE COURTS)*

*Maria Auxiliadora Castro e Camargo*

*Maria Auxiliadora Castro e Camargo é Procuradora Federal responsável pela propositura das ações regressivas acidentárias em Goiás, mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás e pela Universidade de Salamanca por onde também é doutora em Direito com menção de “Doctor Europeus” tendo sua tese recebido o prêmio extraordinário daquela Universidade.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 - Direito De Regresso E Ação Regressiva Na Legislação Brasileira; 2 Conceito; 3 Natureza Jurídica: direito público x direito privado; 3.1 O STJ e a Natureza Civil das Ações Regressivas Acidentárias; 3.2 Mais argumentos a favor da Natureza Jurídica Pública; 3.3 Classificação intermediária; 4 Importância da Classificação Jurídica; 4.1 Prescrição; 4.2 Competência; Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O anúncio da primeira ação regressiva, proposta pelo INSS para reaver o que pagou em benefícios da Previdência Social para mulheres vítimas de agressão doméstica, foi recebido como um grande avanço social que celebrou o aniversário da Lei Maria da Penha, destacado por toda imprensa nacional face seu ineditismo. O mesmo se passou quando o INSS anunciou ter proposto a primeira ação regressiva contra os motoristas infratores que causaram acidentes de trânsito, visando reduzir o impacto financeiro que os acidentes automobilísticos provocam em seu orçamento (cofre público). Tais notícias foram muito bem recebidas pela sociedade em geral, mas principalmente pela comunidade jurídica, acostumada com os fundamentos da reparação civil. A partir de então, os fundamentos das ações regressivas nas espécies “violência de gênero”, “acidentes de trânsito” e “acidentes de trabalho” começaram a ser confundidos e/ou mesclados. Embora seja possível ressaltar o caráter pedagógico que se revela em todas as espécies, o objetivo deste trabalho é distinguir a natureza jurídica apenas da “ação regressiva acidentária”, destacando-a da noção geral.

**ABSTRACT:** The announcement of the first accident regressive court case, proposed by the INSS (National Social Insurance Institute), to get back what was paid in Social Security benefits for women victims of domestic abuse, was received as a great social advancement that celebrated the anniversary of Maria da Penha Law and seconded by the entire national press by the fact of being unheard of until nowadays. The same happened when the INSS announced that had proposed the first regressive lawsuit against lawbreaking drivers that caused traffic accidents, aiming to reduce the financial impact that the automobile accidents cause in its budget (public coffer). Such reports were very well received by society in general, but especially in the legal community, used to the foundations of civil repair. From then on, the bases of regressive lawsuits originated from the sort of "gender violence", "traffic accidents" and "work accident" began to be mixed up and/or merged. Although it is possible to emphasize the pedagogical character that is revealed in all of these sorts, the objective of this article is to distinguish the legal nature only of "accident regressive lawsuit", highlighting it from the general concept.

**PALAVRAS CHAVE:** INSS. Acidente do Trabalho. Direito de Regresso. Responsabilidade Civil. Ação Regressiva Acidentária. Natureza Pública. Prescrição. Competência.

**KEYWORDS:** INSS. Work Accident. Civil Liability. Accident Regressive Lawsuit. Public Nature. Prescription. Competence.

## INTRODUÇÃO

Mesmo que não seja uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro - já que a Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213) data de 24 de julho de 1991- ainda assim, a ação regressiva acidentária pode ser considerada como um instrumento novo<sup>1</sup>, que não está completamente assentado no direito brasileiro e, por isto, carente de construções interpretativas que delineiem seus contornos.

O objetivo deste artigo não é o de estabelecer tais contornos, nem tratar exaustivamente a matéria. Nossa pretensão cinge-se em apenas demonstrar o tratamento que o Superior Tribunal de Justiça vem dando ao tema e sua influência sobre a construção da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais.

Entretanto, para bem entendermos as nuances que envolvem as ações regressivas acidentárias faz-se necessário pré-estabelecermos algumas premissas, sem as quais não seria possível o estudo deste novo instituto, que está a merecer maior atenção por parte da doutrina e jurisprudência.

### 1 DIREITO DE REGRESSO E AÇÃO REGRESSIVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Frequentemente a legislação pátria utiliza-se de termos processuais como “ação regressiva” para designar o direito material/objetivo do qual o indivíduo é titular, i.é: “direito de regresso”. Embora essa não seja a melhor técnica, o código Civil de 2002 prevê várias situações nas quais reconhece expressamente o direito subjetivo de uma pessoa de propor “ação regressiva” para cobrar aquilo que pagou no cumprimento de obrigação cuja responsabilidade direta e principal é imputada a outra pessoa<sup>2</sup>. Precisamente com o mesmo sentido utilizou-se da expressão “direito regressivo” ao tratar do direito dos responsáveis solidários e das pessoas de direito público interno<sup>3</sup>.

1 Seu nascimento na lei previdenciária se dá nos seguintes termos:

Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.

2 A propósito cf. os artigos 363, 414, parágrafo único, 737, 880, 930, 1.318, 1.431, § 4º e 1.999, CCB.

3 Nesse sentido cf. artigos 43, 680 e 1.646 do CCB.

Nos termos codificados, o direito de reaver quantias pagas indevidamente (direito objetivo) confunde-se com o instrumento concretizador deste direito ao ressarcimento (direito subjetivo de ação)<sup>4</sup>. Já o Constituinte de 1988 não cometeu o mesmo deslize, preferindo assegurar expressamente “o direito” ao prever no artigo 37: § 6º que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (destacamos)

Inúmeras outras normas de direito público também referem-se à *ação regressiva*<sup>5</sup> como forma de reconhecimento do *direito de regresso* em evidente analogia aos institutos do direito privado que, como se sabe, serviram de alicerce para outros ramos do direito, principalmente nos países que adotaram o sistema do *civil law*. Nestes países, de tradição romana-germânica, foram as normas do direito privado que serviram de modelo para a “criação” de outros ramos do direito constituindo o “Direito por excelência”<sup>6</sup>. *Assim, não deve causar nenhum espanto o fato de que o direito público vá buscar nos princípios da responsabilidade civil os fundamentos para que o Estado exerça seu direito regressivo contra quem causar dano ao patrimônio público.*

4 Aliás, essa confusão também está presente na definição dada por De Plácido e Silva que entende por “*direito regressivo toda ação que cabe à pessoa prejudicada por outrem, em ir contra ela para haver o que é de seu direito, isto é, importância relativa ao dispêndio ou desembolso que teve, com prestação de algum fato, ou ao prejuízo, que o mesmo lhe ocasionou. Pelo direito regressivo ou direito de regresso, vai a pessoa buscar das mãos de outrem aquilo de que se desfaleceu ou foi desfalcado o seu patrimônio, para reintegrá-lo na posição anterior, com o pagamento ou a indenização devida*” (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. II, voz: Direito Regressivo, p. 95). Já no site da Procuradoria Geral da República a pesquisa encontrou, no Glossário de termos jurídicos mais usados, uma melhor definição que separa a *ação regressiva* do *direito de ação*: “*Ação regressiva – É fundada no direito de uma pessoa (direito de regresso) de haver de outrem importância por si despendida ou paga no cumprimento de obrigação, cuja responsabilidade direta e principal a ele pertencia. A ação tem por objetivo reaver a soma despendida nessa reparação da pessoa cujo dano foi por ela, individualmente, causado*” (cf. <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/comunicacao-mpf/glossario/>, acesso em 21 de setembro de 2011)

5 Apenas a título de exemplo confira: CPC, artigo 70, III; Lei 8.112/90, artigo 122, § 2º, etc.

6 Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 29, que ainda afirma: “*O Direito Civil ou privado tem prioridade histórica em relação aos demais direitos (Pietro Rescigno. Manuale del diritto privato italiano. Quinta edizione, Napoli, Jovene Editore, 1983, p. 3 e segs), o que explica a inserção, nos Códigos e nos manuais de direito civil, de uma parte introdutória contendo normas gerais sobre a aplicação da leis e todos os ramos do direito*. Especificamente sobre a responsabilidade civil anotamos a observação de Caio Mario da Silva Pereira ao discorrer sobre a influência do Direito Romano sobre os demais ramos do direito. Para ele o *estudo da responsabilidade civil não se detém nos sistemas clássicos, porque historicamente todas as noções se entrecruzam*. (SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 2.)

## 2 CONCEITO

O princípio do regresso contra o empregador negligente (quando o dano se origine de culpa ou dolo<sup>7</sup>) observa o direito dos trabalhadores previsto no artigo 7º da CRFB, XXII, de ter reduzido os riscos inerentes ao trabalho. Assim, se por um lado não se pode deixar ao desabrigo as vítimas de acidente do trabalho, por outro lado também é certo que a sociedade não deve arcar com os ônus decorrentes de condutas irresponsáveis dos empregadores.

Desta forma, o primeiro objetivo que salta aos olhos ao tratarmos da ação regressiva acidentária é o ressarcimento aos cofres do INSS que é financiado por toda sociedade<sup>8</sup>. Nesse sentido:

*A ação regressiva acidentária é o instrumento pelo qual o Instituto Nacional do Seguro Social busca o ressarcimento dos valores despendidos com prestações sociais acidentárias, nos casos de culpa das empresas quanto ao cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalho<sup>9</sup>.*

Entretanto, este conceito estrito não atende a todos os propósitos de referidas ações, que são muito mais amplos.

O Procurador Federal Fernando Maciel<sup>10</sup> já no início de sua obra destaca com muita propriedade a superficialidade deste conceito afirmando o caráter *punitivo-pedagógico* que envolve as ações regressivas acidentárias. Com inteira razão o autor já que, realmente, o exercício do direito regressivo pelo INSS representa uma sanção de natureza patrimonial posto que incide diretamente sobre o patrimônio das empresas que não cumprirem as normas de saúde e segurança no trabalho. Assim, se é legítimo que o INSS dê proteção aos seus segurados vítimas

7 O artigo 120 da Lei 8.213/91 é bastante criticado pela doutrina por prever apenas os casos de “negligência”. Ainda assim, sobre esse aspecto, não há controvérsias de que a culpa deve ser entendida em sentido lato e, igualmente, deve estender-se aos casos de dolo. Nesse sentido: “Uma impropriedade da norma consiste em aludir apenas à negligência. Se não se trata de simples negligência, mas de imprudência ou mesmo de conduta dolosa, a responsabilidade de indenizar o dano à Previdência deve ser reconhecida”. (MELHADO, Reginaldo. “Acidente do Trabalho, Guerra Civil e Unidade de convicção”. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v.40, n.70 (supl. esp.), p.61-77, jul./dez.2004. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_70\\_II/Reginaldo\\_Melhado.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_70_II/Reginaldo_Melhado.pdf)>. Acesso em: 19.09.2011).

8 Cf. Art. 195 da CRFB: “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta...”

9 *Cartilha de Atuação nas Ações Regressivas Acidentárias*, GT-PGF. Brasília: 2009.

10 MACIEL, Fernando. *Ações Regressivas Acidentárias*. São Paulo: LTr, 2010.

de acidentes do trabalho, mais legítimo ainda é entender que não poderá toda a sociedade suportar as despesas advindas de condutas negligentes das empresas.

Desta forma, a simples hipótese de ter que ressarcir o INSS, em determinados casos de acidente do trabalho, estimula o empregador a tomar medidas protetivas e preventivas que visam afastar os riscos de ocorrência de acidentes do trabalho. Tanto é assim que após a incrementação destas ações no Estado do Amazonas, a partir do ano de 2002, verificou-se uma redução de 80% no índice de redução de acidentes de trabalho na construção civil de Manaus e 12% de redução no índice geral de acidentes ocorridos no Brasil em 2009<sup>11</sup>. Verifica-se, então, que a ação em discussão representa, realmente, um *importante mecanismo de prevenção de acidentes do trabalho*<sup>12</sup>.

Embora seja evidente o caráter ressarcitório da ação regressiva acidentária, ao nosso sentir, ela está muito mais próxima de atender aos *desígnios constitucionais de redução dos riscos inerentes ao trabalho* (art. 7º, XXII) do que de representar importante fonte de custeio da Previdência Social<sup>13</sup>. Isso porque embora o que se recupera para os cofres públicos através das ações regressivas apresente valores expressivos (estimativa aproximada de 200 milhões até o presente momento), estes não representam nem 4% do que a Previdência Social gasta com o pagamento de benefícios acidentários e seus custos operacionais (que no ano de 2009 representou 56,80 bilhões de reais conforme se vê das estatísticas oficiais<sup>14</sup>).

Assim, entendemos que a maior importância das ações regressivas não reside nos valores que são recuperados pela Previdência, mas sim no efeito punitivo-pedagógico que delas decorre e cuja consequência

11 FONTE: Dados extraídos de informações da CGCOB divulgadas na página web da PGF em ambiente restrito e/ou correio eletrônico institucional.

12 Desde 1996 esse entendimento é defendido pelo Procurador Federal Daniel Pulino: “*Trata-se de um importante mecanismo de prevenção de inúmeros acidentes do trabalho e de ressarcimento dos gastos e eles consequentes.*” (PULINO, Daniel. “Acidente do Trabalho: Ação Regressiva Contra as Empresas Negligentes quanto à Segurança e à Higiene do Trabalho”. *Revista de Previdência Social*, São Paulo: LTr, ano XX, n. 182, pp. 06-16, jan. 1996).

13 Defende este caráter de fonte de custeio da Previdência Social o Procurador Federal Marcelo Barroso Mendes (cf. *Ressarcimento do INSS. Competência da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.egu.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30643-32514-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2011).

14 Cf. Anuários Estatísticos da Previdência Social disponíveis no sítio eletrônico da Previdência Social: <[www.mpas.gov.br](http://www.mpas.gov.br)>



é uma maior observância das normas de prevenção de acidentes do trabalho, poupando assim, a vida de milhares de trabalhadores. Tanto é instrumento preventivo que atualmente faz parte do Plano de ação do Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho de iniciativa do TST e que, dentre outros órgãos, tem a AGU e o Ministério da Previdência Social como parceiros<sup>15</sup>.

Então, o atual conceito da ação regressiva acidentária deve privilegiar o caráter preventivo em detrimento do caráter ressarcitório. É ela, então, um importante instrumento processual de prevenção e redução de riscos inerentes ao trabalho que visa sancionar o empregador negligente ao ressarcimento do dano provocado aos cofres do INSS.

Essa reparação do dano, à evidencia, encontra seus primeiros fundamentos nos institutos consagrados da responsabilidade civil, mas tal fato não leva à conclusão de que tenha natureza jurídica de direito civil.

### 3 NATUREZA JURÍDICA: DIREITO PÚBLICO X DIREITO PRIVADO

Nos tempos atuais, a dicotomia entre direito público e privado já não evidencia com clareza os limites enxergados pelos romanos ao elaborar a clássica divisão segundo fossem os interesses regulados individuais (privados) ou coletivos (públicos). Desde a última metade do século XX, a presença de um conteúdo social nas relações privadas, como consequência da constitucionalização do direito civil, é tema de calorosas discussões acadêmicas, que a cada dia fragiliza a fronteira entre direito público e privado permitindo que cada um deles se valha dos institutos consagrados pelo outro<sup>16</sup>.

15 Cf. <<http://www.tst.gov.br/prevencao/institucional.html>>. Acesso em: 20.09.2011.

16 Neste aspecto, são enriquecedores os debates em torno da publicização do direito privado. A título de exemplo cf.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? – A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno". In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001; MORAES, Maria Celina Bodin de. "O direito civil constitucional". In: *Arquivos de direito*, n. 3. Nova Iguaçu: Gráfica Universitária, out/1999. p. 181-194; Da mesma autora cf. também: "Constituição e código civil: tendências". In: *Revista dos tribunais*, n. 779. São Paulo: RT, set/2000. p. 47-63, e: "A caminho de um direito civil constitucional". In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial* n° 65. São Paulo: RT, jul-set/1993. p. 21-32; E, ainda: TEPEDINO, Gustavo José Mendes. "Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira". In: *Revista Jurídica*, n. 278. Porto Alegre: Notadez, dez/2000. p. 5-21.

É exatamente o que ocorre com os fundamentos da responsabilidade civil<sup>17</sup> que serve de alicerce para todo ordenamento jurídico, pois desde a Idade Média o Direito já não admitia que ofensas ficassem sem reparação. O interesse em restabelecer o equilíbrio causado pelo dano sempre foi a fonte precípua da responsabilidade civil. Desta forma, através de uma visão macroscópica encontramos a responsabilidade civil como fundamento da obrigação de reparação do dano, quer seja ele de natureza pública ou privada, de ordem material, moral, ambiental, cultural, social, individual, etc. Esse é o entendimento expressado pela maior civilista da atualidade que se debruçou ao estudo do tema:

*O tema “responsabilidade civil”, pela sua vastidão, por ser atinente a todos os ramos do direito, e não apenas ao direito civil, e pela complexidade que engendra, além de árduo, não se encontra bem estruturado nem na legislação nem na seara doutrinária e jurisprudencial, erigindo-se, por isso, num desafio a todos os que pretendem escrever sobre ele.<sup>18</sup> – Destacamos.*

Instrumento concretizador da responsabilidade civil, por excelência, é a *ação reparatória*<sup>19</sup> aqui utilizada como gênero do qual a *ação ressarcitória* é espécie a ser utilizada quando o dano puder ser mensurável pelas quantias indevidamente desembolsadas. Em outras palavras: o direito de regresso instrumentalizado pela ação regressiva assume a natureza de *ressarcimento*<sup>20</sup> do patrimônio público. Entretanto,

- 17 Que no entender de Maria Helena Diniz é princípio de ordem pública: “É de ordem pública o princípio que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou indenizando-o. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil. Vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil*. 11ª ed. Saraiva: São Paulo, 1995, p. 294.
- 18 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 7, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, Prefácio.
- 19 No gênero de “reparação” poderíamos incluir, dentre outras, as espécies de “indenização = compensação, satisfação” e “ressarcimento = recuperação dos dispêndios”. Interessante observar que a Lei 10.406/02 (CCB) não se utilizou da expressão “ação reparatória” (no sentido de direito à reparação) como fez com a “ação regressiva” (no sentido de “direito regressivo”). Preferiu utilizar-se da expressão “reparação civil”. Aqui a técnica é louvável porque, claro, existem outras reparações que não são de natureza civil e que também estão protegidas por ações regressivas.
- 20 Ainda que o dano imaterial também possa ser indenizável em espécie, no caso da ação regressiva acidentária vislumbramos que sua natureza é predominantemente RESSARCITÓRIA pois visa recompor os cofres públicos daquilo que foi dispendido indevidamente (pagamento de benefício) por culpa do empregador negligente. Nesse exato sentido tem interpretado o STF quanto ao direito de regresso do Estado previsto no artigo 37, § 6º da CRFB: “Vale dizer: ação regressiva é ação de “volta” ou de “retorno” contra aquele agente que praticou ato juridicamente imputável ao Estado, mas causador de dano a terceiro. Logo, trata-se de ação de ressarcimento, a pressupor, lógico, a recuperação de um desembolso. Donde a clara ilação de que não pode fazer uso de uma ação de regresso aquele que não fez a “viagem financeira de ida”; ou seja, em prol de quem não pagou a ninguém, mas, ao contrário, quer receber de alguém e pela vez primeira” (RE 601104/DF, Min. Carmen Lúcia, j. 26.08.2009, DJe-173 publ 15.09.2009) – os destaques não constam do original.

não se descarta, também, seu *caráter indenizatório* eis que a reparação do dano só será integral quando alcançar as parcelas vincendas, ou seja, indenização daquilo que a Fazenda Pública tiver que desembolsar até a efetiva cessação do benefício.

Assim, se tivéssemos que classificar a *ação regressiva acidentária* de acordo com a velha tradição romana de classificação segundo o interesse perseguido (instrumento de prevenção e ressarcimento do patrimônio público), nos resta claro que outra não poderia ser sua natureza jurídica a não ser a *natureza pública*, já que os cofres públicos são financiados por toda sociedade e aí reside o interesse da coletividade.

Entretanto, o tema desperta dúvidas ainda não enfrentadas pela doutrina especializada e que a Jurisprudência do STJ, antes de solucioná-las, fomentou a controvérsia. Vejamos a seguir.

### 3.1 O STJ e a Natureza Civil das Ações Regressivas Acidentárias:

A pouca doutrina que tratou sobre as ações regressivas acidentárias, após seu nascedouro em 1991, inclinava-se em admitir a natureza jurídica privada da ação regressiva acidentária. Antes da edição do Novo Código Civil parecia dar-se como certo que a matéria que rege as ações regressivas acidentárias seria a de Direito Civil, porque embasadas num dever de responsabilidade civil (ação indenizatória). Essa corrente ganhou força com o posicionamento inaugurado no Superior Tribunal de Justiça ao decidir conflito negativo de competência entre a Justiça Federal Comum e Justiça Federal Especializada do trabalho (ambas da 4ª Região), que entendeu pela competência da Justiça Federal, sob o argumento de que:

*“O litígio não tem por objeto a relação de trabalho em si, mas sim o direito regressivo da autarquia previdenciária, que é regido pela legislação civil”.*  
(STJ/ CC 59.970/RS, Min. Castro Filho, DJ. 19.10.2006)

Ainda que o precedente em questão, como foi dito, se origine de conflito negativo de competência, podemos verificar que a decisão está assentada em falsas premissas porque a ação regressiva acidentária, embora se utilize -por analogia- de alguns institutos do direito civil (como também faz a Justiça do Trabalho<sup>21</sup>), sua legislação de regência é

21 Nesse sentido consulte-se a jurisprudência do STF: “*não importa, para a fixação da competência da Justiça do Trabalho, que o deslinde da controvérsia dependa de questões de direito civil*” (STF/CJ 6.959, rel. Min.

a *previdenciária*, visto que sua previsão legal nasce com a Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social e não com a legislação civil. Embora admitamos que antes da edição da Lei Previdenciária fosse possível à Previdência Social pleitear a reparação do dano com fundamento no Código Civil então vigente, deve ser observado que a espécie de reparação decorrente de acidente do trabalho encontra seu fundamento na ordem jurídica criada após o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, inaugurado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Logo, são outros seus fundamentos.

Apesar de que o precedente do STJ não tenha cuidado especificamente da natureza jurídica da ação regressiva, tratando da matéria apenas em *obiter dictum*, ainda assim exerceu – e continua exercendo – papel fundamental na formação da jurisprudência dos Tribunais Regionais, como se vê do seguinte julgado da 4ª Região:

2. A ação regressiva para ressarcimento de dano proposta pelo INSS tem natureza civil, e não administrativa ou previdenciária. *Precedentes do E. STJ.* (destacamos).

TRF 4ª Região AC 0008580-07.2009.404.7000/PR, Rel. Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER, publ. Em 21.09.2010.

Além do precedente citado (59.970) que data do ano de 2006, cujo relator foi o eminente Ministro Castro Filho –um dos goianos mais notáveis e de grande saber jurídico–, encontramos também outro precedente de onde se extrai a mesma interpretação, mas que agora trata da competência *interna* do STJ<sup>22</sup> para julgar as ações regressivas acidentárias. Este foi relatado pelo Ministro Paulo Gallotti no ano de 2009:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO REGRESSIVA. RESSARCIMENTO DE DANOS. ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO.

---

Sepúlveda Pertence, RTJ 134/96; e a própria CLT: artigo. 8º, Parágrafo único - *O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.*

22 Aqui devemos observar que, segundo o Regimento Interno do STJ, o Tribunal divide-se em 3 (três) Seções que por sua vez, subdividem-se em 3 (três) Turmas. Nos termos do Art. 9º do RI-STJ “ *A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa*” e *daí a importância da definição da natureza jurídica das ações regressivas acidentárias.* Ainda nos termos do artigo 9º, à Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a responsabilidade civil, salvo quando se tratar de responsabilidade civil do Estado (§ 2º, inciso III), e à Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a benefícios previdenciários, inclusive os decorrentes de acidentes de trabalho (§ 3º, III).

1.A ação regressiva ajuizada pelo INSS contra a empresa buscando o ressarcimento de valores despendidos com o pagamento de benefício acidentário, como na hipótese, *veicula lide de natureza civil*, que melhor se amolda ao disposto no art. 9º, § 2º, III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2.Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 931438/RS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 04/05/2009)

Entretanto, esse entendimento nunca foi pacífico, tanto que não prevaleceu nem mesmo dentro do próprio STJ. Isso porque, ainda no ano de 2007, a Terceira Turma do STJ suscitou conflito interno (CC 70.491/RS) em face do Ministro FÉLIX FISCHER, que igualmente, havia declinado de sua competência nos autos da ação regressiva acidentária ajuizada pelo INSS, determinando sua redistribuição a uma das Turmas da 2ª Seção daquele Tribunal com fundamento no art. 9º, § 2º, inciso III, do RI/STJ.

No conflito então estabelecido, o Relator, Ministro Francisco Falcão, argumentou que não importava que a pretensão do INSS, naquele caso, estivesse fundamentada no artigo 159 do Código Civil de 1917, se a relação jurídica travada entre as partes *é de direito público*, amparada pelo artigo 120 da Lei previdenciária. Concluiu, então, o relator:

Sendo assim, em que pese se tratar de ação regressiva por ressarcimento de danos, o que envolve, de forma genérica, a aplicação do art. 159 do Código Civil, *a causa de pedir diz respeito a acidente de trabalho*, sendo o fundamento jurídico previsto nos arts. 120 e 121 da Lei nº 8.213/91. A relação jurídica a ser discutida diz respeito à negligência da empresa em cumprir normas concernentes à relação de trabalho, questão a ser dirimida pela Eg. Terceira Seção do STJ.<sup>23</sup> (destaques nossos)

Assim, o padrão estabelecido com CC 59.970/RS começava a perder o caráter de “paradigma absoluto” a ser invocado pelos Tribunais Regionais:

23 Cf. CC 70.491/RS, onde o relator ainda cita vários precedentes do próprio STJ tais como: CC nº 45.897/PR, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 28/03/2005, p. 173; CC nº 41.314/CE, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJ de 20/09/2004, p. 175; REsp nº 506.881/SC, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 17/11/2003, p. 364; RST vol. 177, p. 82;

1.- Os fundos da previdência social, desfalcados por acidente havido hipoteticamente por culpa do empregador, são compostos por recursos de diversas fontes, tendo todas elas natureza tributária. *Se sua natureza é de recursos públicos, as normas regentes da matéria devem ser as de direito público, porque o INSS busca recompor-se de perdas decorrentes de fato alheio decorrente de culpa de outrem* [...] Destaques nossos

TRF4 5000033-56.2011.404.7117, rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 22/06/2011.

Contudo, é inegável que o precedente 59.970 é o que ainda exerce papel preponderante na formação da jurisprudência dos Tribunais Regionais prevalecendo, sobretudo, no que tange à competência do foro como veremos oportunamente.

### 3.2 Mais argumentos a favor da Natureza Jurídica Pública

a) Outro argumento a favor da natureza pública da ação regressiva acidentária reside no fato de o exercício do direito de regresso, conforme determinado no artigo 120 da Lei 8.213/91, não ser uma mera faculdade da Previdência Social, mas sim *um dever*. Não está permitido ao INSS (ou no caso à PGF, como órgão de representação responsável pelo ajuizamento da ação regressiva acidentária) fazer qualquer juízo de discricionariedade sobre a oportunidade ou conveniência de sua propositura. Basta observar o comando imperativo do verbo propor:

Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Como se pode observar a Lei de Plano e Benefícios da Previdência Social não utiliza o termo “poderá propor” ação regressiva, mas sim “proporá” ação regressiva não deixando dúvida quanto à sua obrigatoriedade<sup>24</sup>. Tanto é assim que os Procuradores Federais são orientados a não sugerir o arquivamento do Procedimento de instrução

24 Aliás, essa “obrigatoriedade” não é novidade no direito público. Antes mesmo da existência da AGU, a Lei 4.619/65, que disciplinava a propositura de *ação regressiva* em face do agente público federal, obrigava o Procurador da República (então titular da ação) a propor a ação regressiva. Veja seus termos: *Art. 1º Os Procuradores da República são obrigados a propor as competentes ações regressivas contra os funcionários de qualquer categoria declarados culpados por haverem causado a terceiros lesões de direito que a Fazenda Nacional, seja condenada judicialmente a reparar.*

Prévia (PIP), que apura os acidentes comunicados à Previdência Social, antes de esgotados todos os meios possíveis de apuração da existência de negligência do empregador na ocorrência do acidente<sup>25</sup>.

Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, não nos parece sequer razoável que a ação regressiva acidentária possa assumir feição de direito privado, não havendo nenhuma dúvida quanto à sua natureza pública.

### 3.3 Classificação intermediária

Devemos citar, ainda, a corrente capitaneada pelo Procurador Federal Fernando Maciel, que defende a *natureza jurídica complexa* das lides regressivas acidentárias:

Considerando que o julgamento de uma ação regressiva acidentária pressupõe uma análise multidisciplinar de diversas questões afetas ao Direito Civil, do Trabalho e Ambiental, pode-se concluir pela natureza jurídica complexa dessa lide, o que merece ser considerado quando da definição da justiça competente para julgar essas ações.<sup>26</sup>

Ainda que comunguemos com a ideia geral, com a devida *venia*, discordamos tratar-se de lide de natureza complexa. Isso porque, ao nosso juízo, dificilmente uma lide trará em seu bojo matéria exclusiva de um ramo do Direito, principalmente porque o sistema constitucional irradia por todo ordenamento jurídico. Na melhor das hipóteses uma lide veiculará regras de direito material e processual. Portanto, a característica de interdisciplinariedade, ao nosso ver, é inerente a todas as lides e não atende à classificação proposta.

No entendimento do magistrado trabalhista Reginaldo Melhado, o próprio acidente do trabalho, como fato, pode apresentar-se *como suporte de qualificações jurídicas diferentes*, gerando, portanto, pretensões e processos distintos:

<sup>25</sup> "Esgotadas as diligências instrutórias, na hipótese de não restar configurada a culpa da empresa, ou seja, não haver elementos que comprovem a negligência quanto ao cumprimento e a fiscalização das normas de saúde e segurança do trabalho, o Procurador promoverá o arquivamento do PIP, submetendo sua decisão à chefia local através de um relatório circunstanciado das diligências realizadas e de seus respectivos resultados. Ressalta-se que o arquivamento do PIP não produzirá efeitos irreversíveis, pois a identificação superveniente de algum elemento de culpabilidade da empresa poderá ensejar a reabertura do expediente, observado o prazo prescricional para o exercício da pretensão ressarcitória". Cartilha de Atuação nas Ações Regressivas Acidentárias. Brasília: 2009, item 5.3.3, p. 23/24.

<sup>26</sup> Op. Cit. p. 44

[...] rotineiramente pode gerar quatro ou cinco desdobramentos na Justiça. Ele pode (a) ser causado por uma conduta criminosa, e será discutido perante a Justiça Penal comum; (b) pode implicar direitos a prestações previdenciárias, e a matéria então será debatida na Justiça Estadual<sup>5</sup>; (c) pode implicar o direito à estabilidade provisória e a reintegração no emprego, e nesse caso a postulação ocorre perante a Justiça do Trabalho; (d) pode ocasionar dano ao INSS, que se vê obrigado a conceder benefício previdenciário a segurado vitimado por acidente causado pela negligência do empregador, e nessa hipótese até agora se entendia ser competente para a matéria a Justiça Federal (embora estejamos a sustentar que também aqui a competência é da Justiça do Trabalho) e (f) pode, finalmente, gerar o direito à indenização pelos danos materiais e morais, por ter agido o empregador com dolo ou culpa<sup>27</sup>.

Desta forma, ainda que a ação regressiva acidentária possa gerar discussões no campo do direito civil, trabalhista, previdenciário, constitucional, etc., o que sobressai é sua natureza pública posto que o direito de regresso do INSS, como vimos, não decorre de uma relação jurídica de Direito Civil.

#### 4 IMPORTÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA

##### 4.1. Prescrição

A definição da natureza jurídica da ação acidentária regressiva tem relação direta com a aplicação dos prazos prescricionais. A corrente que entende tratar-se ela de ação de natureza civil, obviamente, defenderá a aplicação da prescrição trienal prevista no inciso V do § 3º do artigo 206 do Código Civil de 2002. Já a corrente que conclui pela natureza pública da ação regressiva acidentária defende a aplicação da prescrição quinquenal prevista no Decreto-lei 20.910/32.

O STJ ainda não enfrentou o tema. Entretanto, mesmo que não seja possível antecipar o entendimento a ser consagrado pelo Tribunal Superior, ao prevalecer o entendimento de que a natureza jurídica das ações acidentárias “*veicula lide de natureza civil*”, a tendência natural seria a aplicação dos prazos do Código Civil.

Entretanto, para manter uma coerência com seus próprios julgados que prestigia o princípio constitucional da isonomia, a Corte Superior pode

<sup>27</sup> “Acidente do Trabalho, Guerra Civil e Unidade de convicção”. *Op. cit.*



perfeitamente entender pela aplicação do prazo prescricional regulado pelo Decreto 20.910/32, considerando seus próprios fundamentos no sentido de que:

A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado<sup>28</sup>.

Ou ainda:

Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria<sup>29</sup>.

Assim, especificamente quando se trata de o particular cobrar indenização do INSS, o STJ firmou posicionamento de que o prazo prescricional a ser aplicado é o do Decreto 20.910/32:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. *AÇÃO INDENIZATÓRIA CONTRA O INSS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. PRECEDENTES DESTA CORTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO DOS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ.*

1. O entendimento pacífico nesta Corte é de que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação indenizatória contra a Fazenda Pública

<sup>28</sup> Cf. AgRg no Ag 1303811/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 18/08/2010, que cita ainda vários precedentes jurisprudenciais (REsp 444.646/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, DJ 02.08.2006; REsp 539.187/SC, Rel. Min. DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJ 03.04.2006; REsp 751.832/SC, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 20.03.2006; REsp 714.756/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ 06.03.2006; REsp 436.960/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 20.02.2006), para a final decidir: “7. *À luz da novel metodologia legal, publicado o julgamento do Recurso Especial nº 1.105.442/RJ, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008)*”.

<sup>29</sup> Cf. REsp 623.023/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14.11.2005. Ainda da relatoria da mesma Ministra: “*Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil*”. (REsp 1057477/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 02/10/2008).

é o quinquenal, nos termos do artigo 1º do Decreto 20.910/32. Precedentes.

2. [...] ]

3. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Ag 977.654/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 12/02/2009)

Então, se o prazo para o INSS responder ação de indenização é o do Decreto 20.910/32, nada mais isonômico do que aplicar o mesmo prazo quando a Autarquia tiver que demandar o particular na condição de autora, pois nesse exato sentido consagrou firmemente o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL PARA *DEVOLUÇÃO DE VALOR INDEVIDAMENTE RECEBIDO POR PARTICULAR*. *PRESCRIÇÃO*. APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 20.910/32.

*1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de ser aplicável o prazo prescricional de cinco anos, previsto no Decreto nº 20.910/32, para a cobrança das dívidas ativas não tributárias, a fim de resguardar-se o tratamento isonômico entre administrados e Administração Pública.* (destacamos)

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1236866/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 13/04/2011)

Aliás, a posição firme do STJ sempre foi a de afastar a incidência dos prazos previstos no Código Civil quando a Administração Pública demandasse contra o particular:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MULTA. NATUREZA ADMINISTRATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. INCIDÊNCIA DO DECRETO N. 20.910/32. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA ISONOMIA.

1."A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo quinquenal para veicular pretensão, escapa ao cânone da razoabilidade, critério norteador do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lindeira à questão da legalidade" (AgRg no Ag 951.568/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 2 de junho de 2008). Outro precedente: REsp 1.057.477/RN, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 2 de outubro de 2008.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1138720/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 18/02/2010)

Por estas razões, e uma vez que a ação regressiva acidentária fundamenta-se numa relação de trato sucessivo (ressarcimento dos valores pagos mensal e indefinidamente pelo INSS a título de benefícios acidentários), não haverá prescrição “do fundo de direito”, já a pretensão ressarcitória se renovará a cada mês durante a vigência do benefício. Esse também é o entedimento consagrado pelo STJ através da Súmula 85<sup>30</sup>, ao tratar das dívidas do INSS:

Em se tratando de ação proposta com o fito de obter revisão de benefício previdenciário, relação de trato sucessivo e de natureza alimentar, a prescrição que incide é tão-somente aquela que atinge as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, não ocorrendo a chamada prescrição do fundo de direito, nos termos da Súmula 85/STJ.

(RESP 200802236536, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:15/06/2009.)

Ainda:

*As verbas retidas pelo INSS na aposentadoria de seu beneficiado, a título de pensão alimentícia, e repassadas a menor para as alimentadas/autoras têm caráter de trato sucessivo. Na presente hipótese, a cada creditamento*

30 “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a fazenda pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação” (Súmula 85, Corte Especial, julgado em 18/06/1993, DJ 02/07/1993 p. 13283).

*a menor (desde 1977) ocorria uma lesão e, por conseguinte, surgia uma pretensão a qual ensejava ação sujeita a um prazo prescricional.*

*4. Não se trata aqui de prescrição do fundo do direito, mas sim de prescrição das próprias parcelas, uma vez que, em se tratando de prestação de trato sucessivo, renova-se o prazo prescricional em cada prestação periódica não cumprida, sendo da essência da teoria do trato sucessivo reconhecer a possibilidade de, a qualquer tempo, formular a pretensão perante à Administração.*

(RESP 200400952260, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:23/10/2009.)

Desta forma, caso o STJ viesse a entender pela aplicação dos prazos prescricionais previstos no Código Civil Brasileiro às ações regressivas acidentárias, estaria decidindo contrariamente à jurisprudência que firmemente consagrou, motivo pelo qual cremos tratar de uma hipótese remotíssima.

Registramos, ainda, que o mesmo sentido extraído da jurisprudência do STJ, foi adotado pela da Procuradoria-Geral Federal, cujo posicionamento institucional foi firmado conforme argumentos defendidos no bem elaborado PARECER CGCOB/DIGETRAB Nº 001/2011, de 26.02.2011, da lavra do Procurador Federal Marivaldo Andrade dos Santos, que após vasta fundamentação, conclui:

Com fundamento nas razões expostas, conclui-se que a prescrição da pretensão regressiva acidentária, ao não possuir um regramento legal específico, deve ser submetida ao regime prescricional quinquenal do Decreto 20.910/32, por força da aplicação do princípio da simetria, como forma de suprir a lacuna legislativa. É que, em tal situação, a regra estipulada no artigo 120 da Lei 8.213/91 consubstancia-se atribuição cogente de recuperação e crédito previdenciário, que, por isso mesmo, revela a natureza pública da vinculação jurídica entre o INSS e o responsável pela lesão dos interesses da autarquia.

[...]

Além do mais, o direito regressivo de crédito da autarquia não se limita somente a cinco anos, pois a natureza continuada do benefício previdenciário impõe a renovação sucessiva da obrigação. Isso implica a inviabilidade de prescrição do fundo de direito, ou mais

especificamente, da situação jurídica subjacente, base do próprio ordenamento jurídico legalmente previsto, visto que a prerrogativa de recomposição do patrimônio do INSS atinge valores vencidos e as prestações que forem sucessivamente pagas pela autarquia até a extinção da obrigação de pagamento do benefício, de tal forma que fique assegurado, a cada nova prestação (lesão), o prazo prescricional quinquenal para exercício da pretensão regressiva acidentária.

No entanto, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais ainda é vacilante, ora admitindo a prescrição trienal:

ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. INSS. AÇÃO REGRESSIVA CONTRA O CAUSADOR DO DANO. PRESCRIÇÃO. Sendo o INSS responsável pelo pagamento de benefício acidentário, pode ele se valer da ação regressiva contra o causador do dano, observada a prescrição trienal (CC, artigo 206, § 3º, inciso V). Ajuizada a demanda em 2009 e datando o óbito e o início do benefício de 2005, prescrita está a pretensão de efetivar o ressarcimento, porquanto vencido o lapso trienal. Apelação improvida.

(AC 200871170009595, SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB, TRF4 - QUARTA TURMA, D.E. 31/05/2010).

Ora pendendo para a prescrição quinquenal:

EMENTA: REMESSA OFICIAL. AÇÃO DE REGRESSO. INSS. PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSOS PÚBLICOS. Os fundos da previdência social, desfalcados por acidente havido hipoteticamente por culpa do empregador, são compostos por recursos de diversas fontes, tendo todas elas natureza tributária. Se sua natureza é de recursos públicos, as normas regentes da matéria devem ser as de direito público, porque o INSS busca recompor-se de perdas decorrentes de fato alheio decorrente de culpa de outrem. Quando o INSS pretende ressarcir-se dos valores pagos a título de pensão por morte, a prescrição aplicada não é a prevista no Código Civil, trienal, mas, sim, a quinquenal, prevista no Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

TRF4 5000663-76.2010.404.7205, D.E. 06/04/2011<sup>31</sup>

31 No mesmo sentido TRF4 5000033-56.2011.404.7117, rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 22/06/2011, de cujo voto se extraí os seguintes argumentos:

Como se vê, a questão ainda não está definida nos tribunais tornando-se necessário gastar ainda muitos rios de tinta para solucionar a questão da aplicação dos prazos prescricionais.

#### 4.2 Competência

Ao nosso ver, uma das questões mais tormentosas que envolve as ações regressivas acidentárias trata-se da competência para processar e julgar as ações regressivas.

Curiosamente, depois da promulgação da EC 45/2004 a maioria entre os Procuradores Federais quando instada (em Congressos Científicos, peças e pareceres jurídicos ou mesmo em artigos publicados) a manifestar opinião sobre a competência do foro para processar e julgar as ações regressivas acidentárias, se manifesta pela competência da Justiça Especializada do Trabalho. No entanto, quando investidos no cargo de “advogados públicos”, evidentemente, esses mesmos profissionais do Direito assumem a postura institucional de defender a competência da Justiça Federal Comum.

Tal postura é plenamente justificável e encontra seu fundamento no multicitado CC 59.970, onde o STJ decidiu o conflito de competência em favor da Justiça Federal. Contribui, ainda, o fato de a Advocacia Pública ainda não está tão bem estruturada como a Justiça trabalhista e não ter representação em todos os municípios onde já estão instaladas as Varas de Conciliação e Julgamento da Justiça Federal Especializada do Trabalho.

No que se refere à postura institucional da PGF ao orientar seus membros sua justificação é simples estratégia: por que perder tempo ingressando com a ação regressiva perante a Justiça do Trabalho, se esta declinará de sua competência para a Justiça Federal comum com fundamento na decisão do STJ? O mesmo argumento vale para os Juízes

---

*“Inicialmente, a fim de definir-se qual o prazo prescricional aplicado à ação regressiva pelo INSS, é imprescindível a verificação da natureza jurídica da pretensão veiculada pela autarquia”.*

*Malgrado respeitável jurisprudência em contrário, divirjo do entendimento de que a ação regressiva pelo INSS em face da empresa que agiu com culpa diante de acidente de trabalho é de natureza privada e, via de consequência, sujeita aos prazos prescricionais previstos no Código Civil.*

*Isso porque a pretensão da autarquia previdenciária tem por escopo restituir aos cofres públicos prestações vencidas e vincendas de pensão por morte paga em favor da família de empregado vítima de acidente do trabalho, acidente este decorrente, supostamente, por culpa do empregador.*

*Ora, a autarquia previdenciária, em última análise, busca recompor os cofres públicos dos valores que possuem natureza jurídica de recursos públicos, e não recursos exclusivamente privados a aplicação da legislação civil”.*

Federais: para que declinar da competência para a Justiça do trabalho, se tanto os TRF's como o STJ já decidiram pela competência da Justiça Federal?

Assim, na prática processual, quando algum juiz federal declina de sua competência, os membros das Procuradorias Federais são orientados a interpor todas as medidas cabíveis para cassar essa decisão e vem alcançando sucesso nesse objetivo perante os Tribunais Regionais Federais. Até mesmo a 2ª Região onde o TRF reiteradamente declinava da competência para a Justiça do Trabalho, passou a assumir a competência para decidir as lides desta natureza:

Quanto à competência, improcede o argumento, preponderando, hodiernamente, a competência da Justiça Federal (STJ, CC 59970, DJ 19/10/06), sendo inacolhível, in casu, o argumento de oscilação jurisprudencial<sup>32</sup>.

(AC 200950010000408, Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 20/04/2010 - Página:193/194.)

No entanto, ao nosso sentir, a supressão da competência da Justiça do Trabalho nestes casos fere a Constituição, motivo pelo qual o que não nos parece *justificável* é o “comodismo institucional” instaurado de forma a conferir à Justiça Federal uma competência que não é sua.

Quando o Constituinte derivado através da EC 45\2004 atribuiu a competência para a Justiça do Trabalho julgar e processar *as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho* (art. 114, VI), o fez em perfeita consonância com a pretensão do Constituinte originário externada no artigo 109, I\ CRFB, que excluiu da competência dos Juízes Federais as causas

32 Mas, na verdade, a oscilação existe dentro do próprio Tribunal, tanto que a 7ª Turma, decidiu exatamente em sentido oposto: “AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REGRESSIVA DE COBRANÇA MOVIDA PELO INSS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – PRECEDENTES DO STF - DESPROVIMENTO. - O decism agravado, além de escorreta fundamentação, está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apontando inclusive precedentes no sentido de que a ação regressiva promovida pela autarquia previdenciária, por prejuízos decorrentes de sinistros envolvendo obreiros, seria da Justiça Trabalhista. - Agravo Interno desprovido. (AG 200902010114621, Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORREA, TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 20/09/2010 - Página: 257).

referentes a acidentes do trabalho e as de competência da Justiça do Trabalho<sup>33</sup>.

Conforme dantes demonstrado, o próprio STJ chamado a manifestar-se sobre a competência da Justiça do Trabalho, decidia nos mesmos termos que o Supremo consagrou na súmula vinculante 22: “*Depois da EC 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para julgar ações de indenização por prejuízos oriundos da relação de trabalho*”<sup>34</sup>.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. SÚMULA VINCULANTE 22/STF.

1. "A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04." (Súmula Vinculante n. 22/STF) 2. Havendo sentença de mérito proferida pela Justiça Comum Estadual, antes da edição da EC 45/04, fica, nesse juízo, fixada a competência.

3. Conflito conhecido para declarar competente o juízo suscitado.

(CC 112.266/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 05/05/2011).

Ora, o fato de que o INSS vá pleitear indenização contra o empregador *não muda a natureza do acidente*. Continua sendo ele “*decorrente da relação de trabalho*”, afinal tratamos do *mesmo* acidente com vários desdobramentos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Conflito de Competência 7.204, da minha relatoria, concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho. (AI 634728 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010

33 “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho” – Destacamos.

34 Cf. AgRg no CC 72200/SP, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/02/2007, DJ 08/03/2007, p. 158.



EMENT VOL-02409-09 PP-01975 RDECTRAB v. 17, n. 194, 2010, p. 71-74)

Então, o que vai determinar a competência da Justiça do Trabalho é a natureza do acidente que ocorre em razão do exercício do trabalho e por ocasião dele<sup>35</sup>. Desta forma, apesar de ser a lei previdenciária quem estabeleça o dever da Previdência de propor a ação regressiva acidentária, esta ação só terá cabimento quando houver ofensa às normas de Direito do Trabalho. Ora, quem mais capaz que o juiz trabalhista para identificar as ofensas ao Direito do Trabalho?

Se a unidade de convencimento deve ser buscada, ela será encontrada a partir da práxis do Direito do Trabalho e não do Direito Previdenciário. Um exemplo bastante simples pode evidenciar esse liame inextrincável. A empresa é autuada pela fiscalização do trabalho por não estar cumprindo normas de segurança quanto ao fornecimento de equipamentos de proteção individual (CLT, art. 166). Não se resignando, ela ingressa na Justiça do Trabalho com ação declaratória de nulidade do auto de infração (Constituição, art. 114, inciso VII). Pode também ajuizar mandado de segurança, e a competência, igualmente, será do juiz trabalhista (art. 114, inciso IV). O acidente do trabalho vem a ocorrer exatamente em razão da falta desses equipamentos. O empregado, vítima do acidente, ingressa em juízo postulando indenização por danos patrimoniais e morais decorrentes do infortúnio laboral, atribuindo culpa à empresa empregadora. Haverá conexão incidível entre uma e outra causa, e a competência para seu exame deve ser do juízo trabalhista também em razão da imperiosidade de se evitarem decisões díspares sobre a mesma relação jurídica de direito material. Some-se a isso que, ademais, poderá o mesmo problema implicar outras demandas, cumuladas ou não, sempre da esfera de competência trabalhista (v.g., a reintegração no emprego, a aplicação de multas previstas em convenção coletiva de trabalho, litígios envolvendo a CIPA, o Ministério Público do Trabalho, o sindicato). O sentido da norma parece simples, embora a redação não seja a mais feliz. A Previdência Social deve ingressar com ação para ressarcir-se das despesas resultantes do acidente do trabalho, consistentes dos benefícios pagos ao trabalhador. Respeitadas as normas de segurança e higiene

35 A lei previdenciária define acidente do trabalho nos seguintes termos: "Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho" (Lei 8.213/91).

do trabalho, o acidente também pode ocorrer. É uma fatalidade e bem por isso é coberto integralmente pelo sistema de seguro social. Porém, se as normas de segurança e higiene do trabalho (basicamente, as contidas nos arts. 154 a 200 da CLT e nas portarias de regulamentação) não foram cumpridas pelo empregador, ele deve ressarcir a Previdência<sup>36</sup>.

Assim, mesmo que a natureza da ação regressiva acidentária fosse de natureza civil – fato que não admitimos nem por hipótese – ainda assim, a competência permaneceria com a Justiça do trabalho, argumento que, inclusive, foi enfrentado pela Ministra Ellen Gracie no STF:

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA. SENTENÇA DE MÉRITO. INEXISTÊNCIA. ART. 114 (NA REDAÇÃO DA EC 45/2004).

1. Compete à Justiça do Trabalho o julgamento das causas de indenização decorrentes de relação de trabalho propostas pelo empregado contra o empregador. Inexistência de sentença de mérito proferida pela Justiça Comum antes da EC 45/2004. *Se o litígio decorre ou não de norma de direito civil, não importa.* O que cumpre perquirir para a definição da competência é saber se a causa é decorrente ou não de uma relação de trabalho<sup>37</sup>. Precedente: CC 7.204/MG.

2. Incidência das Súmulas STF 279 e 454, além do reexame de legislação infraconstitucional, para afastar a conclusão do aresto recorrido, que entendeu tratar-se de ação indenizatória em razão de acidente de trabalho. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(RE 552522 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, DJe-222 DIVULG 18-11-2010 PUBLIC 19-11-2010 EMENT VOL-02434-02 PP-00271 LEXSTF v. 32, n. 384, 2010, p. 284-290)

<sup>36</sup> MELHADO, op. cit.

<sup>37</sup> Observe que a relatora não disse “relação de emprego”.

Ressalta-se, ainda, que o fato da súmula vinculante nº 22/STF ter fixado a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações decorrentes de acidente de trabalho *movidias pelos empregados contra os empregadores*, de forma alguma tem o alcance de excluir da apreciação da Justiça do trabalho as lides regressivas acidentárias. Isso porque, depois da EC 45/2004, a competência desta Justiça Especializada já não é fixada em razão das pessoas (empregado e empregador), mas em razão da matéria (competência absoluta e inafastável). Tanto é assim que já não se exige “relação de emprego” para que uma lide seja submetida à apreciação da justiça obreira<sup>38</sup>.

Não importa, pois, que no polo ativo da lide figure uma Autarquia Federal porque a competência em razão da matéria deve prevalecer em relação à pessoa e tanto é assim que nas causas acidentárias onde o segurado pleiteia benefícios, o INSS é demandado na Justiça Estadual Comum.

A questão ainda não foi submetida diretamente à apreciação do STF que é quem solucionará definitivamente a controvérsia. Mas como se vê a matéria é árdua e exige uma resposta rápida dos órgãos jurisdicionais.

## 5 CONCLUSÃO

Uma vez fixada a natureza jurídica das ações regressivas acidentárias como sendo de “Direito Público” deve ser afastado o entendimento expressado no CC 59.970 do STJ e, por consequência, impõe-se o reconhecimento da aplicação dos prazos processuais previstos do Decreto 20.910/32 e na atribuição da competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações regressivas acidentárias propostas pela Previdência com arrimo no artigo 120/Lei 8.213/91.

Negar a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações regressivas acidentárias equivale negar a própria Constituição

38 Nesse sentido cf. dentre outros: MELHADO, Reginaldo. *Da Dicotomia ao Conceito Aberto : As Novas Competências da Justiça do Trabalho*, in : COUTINHO, Grijalbo Fernandes & FAVA, Marcos Neves (coord.), São Paulo: LTr, 2005, p. 308-340, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “A competência da Justiça do Trabalho para a relação de trabalho”, in *Nova competência da Justiça do Trabalho*, COUTINHO, Grijalbo Fernandes e FAVA, Marcos Neves (coord.), São Paulo: LTr, 2005, p.24-37; FREIRE PIMENTA, José Roberto. A nova competência da justiça do trabalho para lides não decorrentes da relação de emprego: aspectos processuais e procedimentais. *Rev. Trib. Reg. Trab.* 3ª Reg., Belo Horizonte, v.40, n.70 (supl. esp.), p.29-59, jul./dez.2004.

da República. Cumpre, então, aos magistrados trabalhistas assumirem essa competência que lhes está sendo subtraída sem resistências de suas partes.

Evidentemente que a classe empresarial, por razões históricas conhecidas, preferirá ser demandada na Justiça Federal Comum do que na Justiça Especializada do Trabalho. Todavía, além da imparcialidade dos magistrados, também deve ser considerado que a Previdência só demandará a empresa que não cumprir as normas de proteção e segurança do trabalho e, por isto, não objetiva punir os bons empregadores.

Assim, não basta “*expressar perplexidade e preocupação com o número acentuado e crescente de acidentes e doenças relacionados ao trabalho no País, que atinge diretamente a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República*”<sup>39</sup> ou o reconhecimento por parte da Justiça do Trabalho da importância dessas ações como instrumento de prevenção de acidentes do trabalho. Tornam-se necessárias posturas mais efetivas por parte do judiciário trabalhista, de forma a não permitir a usurpação da competência que lhe foi atribuída pelo Constituinte derivado.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BARROSO MENDES, Marcelo. *Ressarcimento do INSS. Competência da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30643-32514-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2011.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coord.), São Paulo: LTr, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil: Teoría Geral do Direito Civil*. v. 1, 11. ed. São Paulo: Saraiva: 1995.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 7, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

39 Cf. Item primeiro da *CARTA DE BRASÍLIA SOBRE PREVENÇÃO DE ACIDENTES DE TRABALHO* publicada pelos participantes do Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho, organizado e promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, no período de 20 a 21 de outubro de 2011, disponível em: <[http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO\\_NOTICIASNOVO.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_cod\\_noticia=13053](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=13053)>. Acesso em: 22 out. 2011.

FREIRE PIMENTA, José Roberto. A nova competência da justiça do trabalho para lides não decorrentes da relação de emprego: aspectos processuais e procedimentais. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v.40, n.70 (supl. esp.), p.29-59, jul./dez.2004.

GT-PGF. *Cartilha de Atuação nas Ações Regressivas Acidentárias*. Brasília: 2009.

MACIEL, Fernando. *Ações Regressivas Acidentárias*. São Paulo: LTr, 2010.

MELHADO, Reginaldo. Acidente do Trabalho, Guerra Civil e Unidade de convicção. *Revista. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v.40, n.70 (supl. esp.), p.61-77, jul./dez.2004. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_70\\_II/Reginaldo\\_Melhado.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_70_II/Reginaldo_Melhado.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2011.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário Jurídico*. 8. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Voz: Direito Regressivo.

PULINO, Daniel. Acidente do Trabalho: Ação Regressiva Contra as Empresas Negligentes quanto à Segurança e à Higiene do Trabalho. *Revista de Previdência Social*, São Paulo: LTr, ano XX, n. 182, p. 06-16, jan. 1996.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.



# O PEDIDO DE INVALIDAÇÃO COMO INSTRUMENTO PRÓPRIO AO CONTROLE DE LEGALIDADE

*THE REQUEST OF INVALIDATION LIKE A PROPER INSTRUMENT TO LEGALITY CONTROL*

*Raíssa Roese da Rosa*

*Graduanda do Curso Direito da Universidade de Brasília - UnB*

**SUMÁRIO:** 1 Princípio da Legalidade; 2 Dever de anular atos ilegais; 3 Direito de petição: provocação da Administração para anular atos ilegais; 4 Limites do direito de petição: não se destina a obter revisão de mérito; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo em tela tem como principal desígnio demonstrar que a invalidação de atos administrativos possui relação estrita com o princípio da legalidade, daí a necessidade de classificá-la como dever da Administração Pública. A figura do pedido de invalidação decorre do direito de petição, instrumento consagrado pela Constituição de 1988, assegurado a todos os cidadãos com fim último de defesa de direitos em face de ilegalidade ou abuso de poder. Por esta razão é que o pedido de invalidação deve ter por escopo demonstrar, exclusivamente, a ocorrência de vício de legalidade no ato administrativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administração Pública. Invalidação. Controle de Legalidade.

**ABSTRACT:** The present article intends to demonstrate that the invalidation of administrative acts has strict relation with the legality principle, from this came the necessity to classify it like an obligation of the Public Administration. The request of invalidation resulting from the petition right, instrument enshrined in the Constitution of 1988, guaranteeing for all the citizens with the goal of defense of rights from the illegality or power abuse. For this reason is that the request of invalidation must have for purpose to establish, solely, the occurrence of vices of lawfulness in the administrative act.

**KEYWORDS:** Public Administration. Invalidation. Legality Control.



## 1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Um dos princípios de grande relevância para o direito administrativo, em razão da indisponibilidade do interesse público para a Administração Pública<sup>1</sup>, é o princípio da legalidade, o qual se fez presente desde a consolidação do modelo de Estado liberal, que surge alicerçado nas doutrinas de Thomas Hobbes, John Locke e Montesquieu.

Frise-se que a legalidade está diretamente ligada à legitimidade da ação estatal, quer dizer, a Administração pública depende do ordenamento jurídico para atuar de forma legítima por meio de seus atos administrativos, a fim de que sejam assegurados, em última instância, aos governados seus respectivos direitos fundamentais.

Na mesma linha:

[...] a referência à legalidade deve ser entendida prevalentemente como parâmetro da legitimidade, sendo claro que esta, ao revés daquela, não se esgota no juízo de não contradição com o sentido do texto legal, adquirindo conteúdo sobremaneira rico e variado na medida em que, por ter raiz constitucional, pauta-se no senso de conformidade com todo o sistema jurídico, neste incluídos os princípios expressos e implícitos que o informam como calibradores de sua eficácia no contexto histórico.<sup>2</sup>

Com relação à estrita submissão da Administração à legalidade, reputa-se importante tecer breves comentários. Note-se, desse modo, que o princípio da legalidade, indispensável ao Estado de Direito está intimamente relacionado à noção de interesse público primário. Além disso, vale mencionar, que o estabelecimento do Estado de direito teve a pretensão de limitar o poder do Estado com vistas a proteger os cidadãos, o que se traduz na versão da legalidade aos administrados, preconizada pelo art. 5, inciso II da Constituição “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.”

Sob esse prisma, o princípio da legalidade não deve ser compreendido como “um atendimento míope e limitadamente formal da

1 KNOERR, Fernando Gustavo; KNOERR, Cibele Fernandes Dias. *Efeitos da vinculação e da discricionariedade*. Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Edgar Guimarães (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 245.

2 *Ibidem*. p. 255.

norma escrita”<sup>3</sup>. Busca-se, assim, uma visão panorâmica do ordenamento jurídico e não circunscrita apenas a um de seus elementos: a lei, conforme lecionam os positivistas. Dessa forma, “legal é a conduta cujo fundamento é extraído do ordenamento jurídico”<sup>4</sup>, e não unicamente da norma escrita.

Como ressaltou Cármen Lúcia Antunes Rocha:

[...] não se bastou o Estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se um Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde maior justeza de sua nomeação como ‘*princípio da juridicidade*’.<sup>5</sup>

Com isso, não se pretende fazer menoscabo da lei, mas valorizar a ideia de que o Direito é mais do que norma posta. Assim, a legalidade deve ser observada concomitantemente aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Em seu art. 37<sup>6</sup>, a Constituição Brasileira preceitua que a Administração Pública se submete ao princípio da legalidade, o qual compreende, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes<sup>7</sup>, o postulado da supremacia da lei, no sentido de que a administração está vinculada ao Direito, daí ser inválido o ato administrativo que estiver em oposição ao ordenamento jurídico.

Nessa toada, vale mencionar o que leciona Fábio Medina Osório a esse respeito:

É comum dizer que toda a atividade do Estado, particularmente a Administração Pública, está vinculada ao princípio da legalidade, que significa uma exigência prévia de habilitação legal para justificar

3 FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo Administrativo*: comentários à Lei n. 9.784/1999. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 176.

4 Ibidem. p. 176.

5 Ibidem. p. 47. (grifei)

6 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

7 MENDES, Ferreira Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 881.

os atos e inclusive as omissões legítimas das mais diversas entidades estatais.<sup>8</sup>

Desta feita, se os atos da Administração decorrem de previsão legal, aqueles que forem contrários ao Direito, integram a categoria de atos que merecem ser extintos, nesse caso, através do instituto da invalidação, tendo em vista a existência de ilegalidade.

Nessa linha, cabe ressaltar o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho acerca da invalidação: a “anulação (ou invalidação) é a forma de desfazimento do ato administrativo em virtude de estar inquinado de vício de legalidade.”<sup>9</sup>

Ainda sobre a invalidação, os dizeres de Miguel Reale:

Um ato de tutela jurídica, de defesa da ordem legal constituída, ou, por outras palavras, um ato que sob certo prisma pode ser considerado negativo, visto não ter o efeito de produzir consequências novas na órbita administrativa, mas antes a de reinstaurar o statu quo ante.<sup>10</sup>

É importante que a Administração evite o cometimento de ilegalidades, antes de centrar-se em suas correções, porém, desde que, por descuido, aquelas existam e sejam percebidas pela Administração é imprescindível que haja mobilização direcionada a restaurar a situação de regularidade<sup>11</sup>.

## 2 DEVER DE ANULAR ATOS ILEGAIS

No regime jurídico-administrativo contemporâneo, a Administração tem o dever de anular os atos que contrariem a legalidade, o que pode ocorrer de ofício ou em face de provocação, embora não haja unanimidade a esse respeito na doutrina pátria, uma vez que há quem prefira falar em faculdade tendo em vista o foco no interesse público, em detrimento da legalidade.

8 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 211-212.

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal* (Comentários à Lei n.º 9.784, de 29/1/1999). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 280.

10 *Ibidem*. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 142.

11 *Ibidem*. p. 27.

Consoante já ressaltado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>12</sup>, a Administração tem o dever de anular atos ilegais em função do princípio da legalidade, contudo, poderá deixar de fazê-lo em casos concretos, nos quais os prejuízos gerados pela anulação sejam maiores do que aqueles que resultam da manutenção do ato ilegal.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>13</sup> existem algumas limitações ao dever de invalidar da Administração Pública: decurso do tempo e consolidação dos efeitos produzidos. O primeiro, relacionado ao princípio da segurança jurídica, traz estabilidade a situações fáticas que se tornam jurídicas com o transcurso do tempo, enquanto o segundo exprime a ideia de que os ônus decorrentes da invalidação do ato e aqueles decorrentes da manutenção sejam ponderados com vistas a atender o interesse público.

O fundamento do dever da Administração de anular seus atos ilegais se encontra em sua estrita submissão à legalidade, o que, está estabelecido constitucionalmente no supracitado art. 37, *caput* e no art. 2º da Lei de Processo Administrativo n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999<sup>14</sup>.

No âmbito infraconstitucional, o artigo 53 da Lei n.º 9.784/1999, dispõe que “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade [...]” (grifei)

Na mesma linha, a Súmula n.º 473 elaborada pelo Supremo Tribunal Federal prenuncia que: “a Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Com vistas, portanto, à restauração da legalidade dos atos administrativos é que a Administração, em virtude de seu poder de autotutela<sup>15</sup>, tem o dever, e não a faculdade de anular atos ilegais. De acordo com Fernando Gustavo Knoerr e Cibele Fernandes Dias Knoerr,

12 FORTINI, op. cit., p. 180.

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

14 “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.”

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal* (Comentários à Lei n.º 9.784, de 29/1/1999). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.281.

“o poder de autotutela constitui-se num corolário do princípio da legalidade, pois permite à Administração invalidar atos ilegais por ela emitidos.”<sup>16</sup>

No entanto, vale ressaltar que a invalidação não é a única solução para atos administrativos ilegais, há também o instituto da convalidação<sup>17</sup> preceituado no art. 55<sup>18</sup> da Lei n.º 9.784/1999, que se aplica quando existe a possibilidade de re praticar o ato de modo a sanar eventual desconformidade preservando seus efeitos. Em geral, a convalidação se aplica aos atos que apresentam vício de competência ou formalidade.

Entretanto, havendo impugnação do particular, em tese, se esvai a possibilidade de convalidação, exceto, de acordo com Weida Zancaner<sup>19</sup>, em caso de vício de formalidade uma vez que estes seriam sempre convalidáveis.

Sendo o vício insanável, haverá que se recorrer à invalidação do ato administrativo, dado que este caminho não é uma faculdade da Administração, tal como é a convalidação, mas um dever que precisa ser cumprido, levando em consideração a supremacia do interesse público.

Com a finalidade de melhor compreender o instituto da invalidação adotou-se como ponto de partida a teoria das nulidades dos atos da Administração Pública. A teoria das nulidades<sup>20</sup> está relacionada aos planos de existência, validade e eficácia dos atos administrativos, de sorte que aqueles que não respeitarem os requisitos de validade, os quais abrangem competência, finalidade, forma, motivo e objeto ou, de forma geral, consonância com o ordenamento jurídico, em regra, não estarão aptos a produzir efeitos no plano da eficácia.

16 KNOERR, op. cit., p. 269.

17 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração. *Jus Podivim*, 2008.

18 “Art.55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”

19 LARANJEIRA, Aline Daniela Florêncio. Uma nova visão dos limites a invalidação dos atos administrativos à luz da Lei n° 9.784/99. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 132, 15 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4300>>. Acesso em: 16 maio 2012.

20 PEDRO, Fábio Nadal. *Da desistência e outros casos de extinção do processo – da anulação, revogação e convalidação*. Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n.º 9.784/99). Lúcia Valle Figueiredo (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

Ainda, no que tange à teoria das nulidades os doutrinadores se dividem em duas correntes: a monista e a dualista<sup>21</sup>. A primeira corrente enuncia que não é viável que o Direito Público absorva a dicotomia de nulidades do Direito Civil, portanto atos administrativos apenas podem ser considerados nulos (inválidos). Já a segunda, apresenta ponto de vista oposto, enfatizando que um ato administrativo será nulo ou anulável a depender da gravidade do vício. Assim, o ato nulo deverá ser inválido e o anulável convalidado.

Posteriormente à publicação do ato administrativo, este goza de presunção de legitimidade e, enquanto não for constatado vício de legalidade, o ato existe no mundo jurídico até que se proceda à sua invalidação.

Nesse aspecto, saliente-se o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho:

O pressuposto da invalidação é exatamente a presença de vício de legalidade. Como já examinamos, o ato administrativo precisa observar seus requisitos de validade para que possa produzir normalmente os seus efeitos. Sem eles, o ato não poderá ter a eficácia desejada pelo administrador. Por isso é que para se processar a invalidação do ato é imprescindível que esteja ausente um desses requisitos. A presença destes torna o ato válido e idôneo à produção de efeitos, não havendo necessidade do seu desfazimento.<sup>22</sup>

No que tange aos efeitos da invalidação, há produção de efeitos ‘ex tunc’, isto é, o instituto tem o propósito de eliminar os efeitos produzidos pelo ato administrativo inválido até então, retroagindo, portanto, à origem do ato.

Ressalte-se a necessidade da ocorrência entre a constatação do vício de legalidade e a invalidação de um *processo administrativo invalidador*<sup>23</sup>, o qual permita a participação dos administrados, em observância ao princípio constitucional do devido processo legal, e também ao contraditório e ampla defesa, consoante insculpido na Lei Fundamental, art. 5º, incisos LIV e LV.

21 MORGADO, Almir de Oliveira. *Anulação ou Invalidação dos atos administrativos*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1791](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1791)>

22 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 141.

23 MELLO, op. cit.

Nesse sentido, veja-se julgado do egrégio Supremo Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE PENSÃO DE VIÚVAS DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ E PENSÃO PAGA PELO IAPEP. IMPOSSIBILIDADE. INVALIDAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DEPENDENTE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. GARANTIA DE AMPLA DEFESA. POSSIBILIDADE DE ESCOLHA PELAS VIÚVAS DA PENSÃO A SER RECEBIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. É impossível a acumulação de pensão paga pelo Estado do Piauí a viúvas de membros do Ministério Público Estadual com a pensão paga pelo IAPEP. Precedentes da Corte. 2. Tratando-se de invalidação de ato administrativo que deferiu a acumulação de pensões, é mister a observância de prévio procedimento administrativo, em respeito ao art. 5º, LV, CR/88, garantindo a ampla defesa e o contraditório. 3. O fato de a matéria ter sido reconhecida como de repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal não impede o julgamento do recurso especial, apenas assegura o sobrestamento do recurso extraordinário interposto. Precedentes do STJ. 4. Embargos de declaração rejeitados.<sup>24</sup>

Dessa forma, a invalidação do ato administrativo, quando há possibilidade de prejudicar terceiros, implica dar oportunidade de manifestação ao administrado, em atenção aos princípios constitucionais supracitados.

### **3 DIREITO DE PETIÇÃO: PROVOCAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PARA ANULAR ATOS ILEGAIS**

Consoante já mencionado, atos administrativos podem ser invalidados pela Administração (controle interno), mas também pelo Poder Judiciário (controle externo). No primeiro caso, independente de provocação, uma vez que a Administração pode declarar, de ofício, a

<sup>24</sup> EDcl no AgRg no RMS 12.471/PI, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2010, DJe 02/08/2010. (grifei)

invalidade do ato, contudo, o funcionamento da máquina judiciária está vinculado à provocação do administrado.

Como instrumento que viabiliza a provocação da Administração para exercer a tarefa purgativa de atos ilegais, previu-se na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XXXIV, “a”, “o direito de petição [...] contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Essencialmente, o direito de petição garante a qualquer pessoa a oportunidade de manifestar-se diante da violação de seus direitos, em decorrência de ilegalidade, por exemplo, produção de ato inválido ou abuso de poder.

Assim é que, a qualquer momento, e mesmo após o fim do prazo para apresentação de recurso no âmbito de processo administrativo já instaurado, abre-se a possibilidade para a provocação da Administração, através de petição, instrumento que permite ao administrado solicitar a análise de eventual ilegalidade no ato praticado, o que, em regra, é feito por meio de pedido de invalidação.

#### 4 LIMITES DO DIREITO DE PETIÇÃO

No entanto, deve-se ter presente que o pedido de invalidação tem uma finalidade bastante específica: apontar ilegalidade no ato que fora praticado. Desde que seja outro o motivo da extinção do ato, se pode falar, nos casos de oportunidade e conveniência que se atém a questões de mérito, em revogação dos atos administrativos.

Cumpra, por oportuno, ressaltar o que afirma nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] parece-nos que os termos “invalidade” – antítese de validade – e “invalidação” reportam-se a defeito jurídico e não a problema de inconveniência, de mérito, do ato. Um ato ajustado aos termos legais é válido perante o Direito, ainda que seja considerado inconveniente por quem pretende suprimi-lo. Não se deve, pois, chamar de invalidação à retirada por motivo de mérito.<sup>25</sup>

Observa-se, então, que o pedido de invalidação é mais estreito que o recurso. No recurso, é possível impugnar-se qualquer elemento

<sup>25</sup> MELLO, op. cit., p. 428. (grifei)



da decisão recorrida, seja questão de legalidade, seja questão de mérito (comprovação de fatos, valoração de provas, avaliação de juízos, etc.). No pedido de invalidação, a sua vez, cabe apenas ventilar questão de legalidade, ou seja, afronta direta ao ordenamento jurídico, o que vai ao encontro da definição feita por Celso Antônio Bandeira de Mello referente à invalidação “a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”<sup>26</sup>

Uma forma eficaz de se controlar a admissibilidade desses pedidos de invalidação é exigir-se a indicação do dispositivo normativo que se reputa violado pelo ato administrativo, a exemplo da atividade que é realizada pelo Poder Judiciário no controle de admissibilidade dos recursos extraordinários (STF, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, AI-ED 623.562/SC, DJ em 29.02.2008) e especial (STJ, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ em 19.12.2008).

Assim, discussões relacionadas à reapreciação de fatos, reavaliação de provas ou mero inconformismo não são hábeis a conduzir ao conhecimento pela Administração de pedido de invalidação, visto que fogem ao seu propósito.

Para além dessa limitação, deve-se pontuar que também não cabe a apresentação de pedido de invalidação com a finalidade de se rediscutirem questões de legalidade já discutidas ao longo de um determinado processo administrativo. Nesse particular, a interpretação sobre a questão de legalidade já foi fixada pela Administração e não mais poderá ser alterada para o caso concreto.

## 5 CONCLUSÃO

Procurou-se neste artigo demonstrar que o instituto da invalidação está atrelado à legalidade, a qual abarca a indisponibilidade do interesse público, remete à atuação conforme ao ordenamento jurídico, que compreende mais do que a lei positivada, e garante, em última análise, legitimidade à ação estatal.

Ademais, invalidar atos administrativos inquinados de vício de legalidade é dever da Administração, em vista de seu poder de autotutela e da própria submissão ao princípio da legalidade prevista

<sup>26</sup> *Ibidem*. p. 428. (grifei)

constitucionalmente, porém, sempre em observância a outros princípios constitucionais como devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Por fim, o controle interno realizado pela Administração através da anulação ou invalidação funciona, tão somente, como controle de legalidade, o qual pode iniciar-se de ofício ou por provocação. O pedido de invalidação é cabível, a qualquer tempo, com fim último de defesa de direitos dos administrados, em casos de abuso de poder ou ilegalidade, o que corroborado pela Constituição de 1988 a partir do direito de petição.

Portanto, o pedido de invalidação não deve servir como artifício para que determinadas discussões se perpetuem no âmbito da Administração Pública. É, sim, instrumento destinado a trazer à tona questão de legalidade ainda não debatida.

#### REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei n.º 9.784, de 29/1/1999)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo. Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração*. Jus Podivm, 2008.
- FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo Administrativo: comentários à Lei n.º 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- KNOERR, Fernando Gustavo; KNOERR, Cibele Fernandes Dias. *Efeitos da vinculação e da discricionariedade. Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Edgar Guimarães (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- LARANJEIRA, Aline Daniela Florêncio. Uma nova visão dos limites a invalidação dos atos administrativos à luz da Lei nº 9.784/99. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 132, 15 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4300>>. Acesso em: 16 maio 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Ferreira Gilmar. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEDRO, Fábio Nadal. *Da desistência e outros casos de extinção do processo – da anulação, revogação e convalidação*. Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n.º 9.784/99). Lúcia Valle Figueiredo (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MORGADO, Almir de Oliveira. Anulação ou Invalidação dos atos administrativos. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1791](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1791)> Acesso em: 14 jun. 2012.

MUSSI, Marcelo. *Invalidez dos atos administrativos*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1260/1202>>. Acesso em: 13 jun. 2012.



**PARECER N. 17/2012-AMP/DPP/PGU/AGU**

**ORIENTAÇÃO PARA UMA ATUAÇÃO  
UNIFORME DOS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO  
DA PROCURADORIA-GERAL DA  
UNIÃO NA PROPOSITURA DE AÇÕES  
DE RESSARCIMENTO PELOS DANOS  
DECORRENTES DA USURPAÇÃO MINERAL**

*Adriano Martins de Paiva*  
*Advogado da União*



Parecer N. 17/2012-AMP/DPP/PGU/AGU

NUP n. 00405.004120/2010-11

Assunto: Orientação para uma atuação uniforme dos órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União na propositura de ações de ressarcimento pelos danos decorrentes da usurpação mineral.

INTERESSADOS: Procuradorias da União de Minas Gerais e do Paraná e demais órgãos de execução da PGU.

**Ementa:** Interesse nacional na correta exploração das riquezas minerais para o desenvolvimento do país. Breve histórico constitucional e infraconstitucional da regulação do direito minerário. Riqueza Mineral: bem público da União. Usurpação mineral por extração ilegal (ilícita ou abusiva) causadora de dano econômico ao patrimônio da União (art. 186 e 927 do CCB<sup>1</sup>). Ratificação das manifestações anteriores da PGU sobre o tema Nota n. 322/2006/

LMWP/DEJAP/PGU/AGU e Nota n. 197/2010/DNM/DPP/PGU/AGU. Necessidade de uma orientação mais abrangente diante de novos questionamentos. Reafirmação da Ação Civil Pública como o instrumento preferencial para se pleitear a recomposição econômica do dano. Definição do *critério de aferição da extensão do dano e do parâmetro de cálculo pelo valor de mercado* do minério usurpado, o qual mais se adequa à pretensão judicial de ressarcimento pelo enriquecimento ilícito obtido pelo usurpador. Proposição da ação de ressarcimento preferencialmente dentro do período de 03 anos CCB de 2002, Art. 206, 3º, inciso V, ou, não sendo possível o atendimento deste prazo, deve-se propor a ação dentro do prazo prescricional quinquenal, previsto no Art. 1º, do Decreto nº. 20.910/32. Depósito do valor da condenação em favor da União na Conta Única do Tesouro Nacional. Possibilidade da cumulação do pedido de ressarcimento econômico com o de dano ambiental por meio de perícia e sem a sobreposição com a atuação do Ministério Público. Solidariedade do proprietário da superfície onde ocorreu a lavra, quando comprovada a sua omissão (Art. 186, CCB) e não for identificado o usurpador. Inexistência de previsão constitucional

1 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. [...]  
Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. [...]

que garanta aos entes públicos o direito participação no resultado da lavra na condição de proprietária do solo (superficiária).

Senhor Diretor,

02. A presente orientação do Departamento de Patrimônio Público e Probidade da Procuradoria-Geral da União analisa o tema da usurpação mineral. Ilícito este praticado contra ao patrimônio da União e, na maioria dos casos, gera o enriquecimento sem causa de alguns empreendedores de pequeno ou médio porte do setor minerário.

03. Os empreendedores que atuam na ilegalidade se aproveitam do escasso número de fiscais do Departamento Nacional de Pesquisa Mineral – DNPM, e, ainda, das lacunas da legislação minerária brasileira.

04. No entanto, mesmo ultrapassado, o normativo foi recepcionado em suas linhas gerais pela Constituição de 1988. E, no campo infraconstitucional, vige o Código de Mineração, o Decreto-Lei n. 227/67, que constitui o diploma regulador das relações entre o Estado e os empreendedores interessados na pesquisa e na lavra das riquezas minerais brasileiras.

05. Com a Constituição de 1988 consolidou-se a ideia de que a riqueza mineral que se encontra no leito do território brasileiro é propriedade distinta do solo (direito de superfície)<sup>2</sup> e pertence à União. Entendimento este bem representado no aresto abaixo transcrito, da relatoria do Ministro do STF, Celso de Mello:

“O sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil – fiel à tradição republicana iniciada com a Constituição de 1934 – instituiu verdadeira separação jurídica entre a propriedade do solo e a propriedade mineral (que incide sobre as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais existentes no imóvel) e atribui, à União Federal, a titularidade da propriedade mineral, para o exclusivo efeito de exploração econômica e/ou de aproveitamento industrial. A propriedade mineral submete-se ao regime da dominialidade pública. Os bens que a compõem qualificam-se como bens públicos dominiais, chando-se constitucionalmente integrados ao patrimônio da União Federal.”<sup>3</sup>

2 Art. 20. São Bens da União: [...] IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

3 STF. Ag. Reg. Em RE n. 140.254-7. Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 6-6-1997. Informativo STF n. 74.



06. Assim, a União não tem a exclusividade ou o monopólio da exploração econômica da riqueza mineral nacional. Ao contrário, a Constituição Federal de 1988 prevê como regra a exploração dos recursos minerais pelos empreendedores privados<sup>4</sup> (brasileiros ou empresas constituídas sob as leis brasileiras), através da concessão (autorização e permissão) das áreas previamente delimitadas, por tempo determinado, assegurada a participação no resultado da lavra ao proprietário do solo<sup>5</sup> e, a compensação financeira dos demais entes federados (Estados, Distrito-Federal e Municípios)<sup>6</sup>.

07. Apesar da legislação constitucional avançada que hoje prevê inclusive a obrigação do concessionário ou permissionário da lavra de promover a recuperação ambiental da área degradada<sup>7</sup>, o Decreto-lei n. 227/67, que já passou por algumas atualizações<sup>8</sup>, ainda padece de uma série de inadequações constitucionais (dentre elas a inexistência do procedimento licitatório durante o processo de autorização de pesquisa e de concessão de lavra).

08. As breves considerações feitas até aqui com relação ao regramento legal são necessárias para se destacar a orientação constitucional da matéria, e assim oferecer uma fundamentação adequada para abordagem que será feita em seguida.

09. No entanto, num cenário de fragilidade legal e administrativa, as irregularidades são perpetradas por parte de alguns poucos

4 Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e os potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuadas mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

5 Art. 176. [...] § 2º. É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e valor que dispuser a lei.

6 Art. 20. [...] §1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como aos órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial, ou compensação financeira por essa exploração.

7 Art. 225. [...] §2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei,

8 As Leis n. 9.314/96 e 9.287/99 resolveram questões pontuais, mas não conseguiram realizar uma atualização sistêmica do Código de Mineração.

empreendedores que, de posse ou não de autorização de pesquisa ou de concessão de lavra, passam a lavar, antes mesmo da obtenção do título de concessão. Ou, ainda, de posse do título minerário (concessão), se explora a jazida de forma predatória, inviabilizando-a para qualquer outro tipo de aproveitamento econômico posterior.

10. Assim, a ausência de um procedimento correto e a inexistência até então de uma representação judicial atuante, a usurpação mineral não vinha sendo devidamente combatida. Não havendo rotina de identificação, avaliação, quantificação e cobrança do minério usurpado.

11. Agora, com a participação conjunta e efetiva da Procuradoria-Geral da União, do DNPM e do Ministério de Minas e Energia (manifestações já anexadas aos autos), se tem a chance de reverter este quadro, no resguardo do patrimônio público através da proposição das ações de ressarcimento. Além, é claro, de contribuir, de forma indireta, para uma maior regularização da atividade mineradora no país.

12. Iniciando este processo de proteção do patrimônio público da União, alguns órgãos de execução da PGU, notadamente as Procuradorias da União do Paraná e de Minas Gerais, propuseram as primeiras ações judiciais de ressarcimento, obtendo assim os primeiros resultados favoráveis, com sentenças e acórdãos reconhecendo à tese do dano ao patrimônio da União, e, como corolário, o enriquecimento sem causa do usurpador da riqueza mineral lavrada ilegalmente<sup>9</sup>.

13. Diante de uma variedade de casos existentes nas diferentes regiões do país, surgiram os primeiros questionamentos acerca do procedimento e das medidas administrativas necessárias para a correta instrução da ação de ressarcimento.

14. E assim, emergiram as primeiras dúvidas dos órgãos de execução: se a ação civil pública serviria a todos os casos, qual seria o critério para se avaliar o minério usurpado, e se poderia haver a cumulação do pedido indenizatório do bem usurpado com a recuperação do dano ambiental.

15. Este é o atual estágio da demanda, que exige mais uma vez uma atuação deste órgão central para uma orientação abrangente e definitiva

---

9 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (...) Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

sobre a questão. Mas, sem olvidar a complexidade de cada um dos casos, a atribuição técnica dos setores administrativos envolvidos, e, ainda, da autonomia do advogado da União que acompanha o caso. E, nestes termos, oferecer um guia seguro para condução da eventual ação judicial de ressarcimento do dano de usurpação mineral.

16. Após essa preliminar, destacam-se enfim as questões que a presente orientação inicialmente visa enfrentar, quais sejam: uniformizar a tese de legitimação da União de buscar a recomposição judicial do dano de usurpação mineral, a extensão dos instrumentos processuais adequados à pretensão, tudo, através da proposição de uma ação coordenada com outros órgãos parceiros da Administração Pública Federal, a fim de se obter, em juízo, não só o ressarcimento da riqueza mineral usurpada, mas, em muitos casos, a reparação ambiental necessária.

## II – RELATÓRIO

17. A presente orientação foi iniciada *ex officio* por meio do Despacho n. 169/2010/DPP/PGU/AGU, abaixo transcrito:

“Em razão da necessidade de uniformização do entendimento sobre a questão abordada nos correios eletrônicos anexos a este Despacho, é dizer, o parâmetro de aferição pecuniária de minério ilicitamente usurpado, determino a autuação e registro dos presentes documentos.  
[...].”

18. De início, com foco numa atuação uniforme, o objetivo da presente manifestação seria definir um critério de aferição pecuniária para o cálculo do *quantum* indenizatório do minério que fora usurpado. Isto porque, à época da formulação das primeiras ações, surgiram diferentes interpretações dos órgãos de execução da PGU, quanto à determinação deste *quantum* indenizatório. Inclusive se vai ser adotado como base de cálculo para o pleito indenizatório, o valor de mercado do minério usurpado, ou, ainda, o seu valor de pauta (valor estipulado pelo governo estadual para cobrança de imposto estadual).

19. Anexou-se ao dossiê uma série de mensagens eletrônicas que refletem o intenso debate sobre a questão na lista de discussão das Procuradorias da União nos Estados. Dentre a mensagens podem ser destacados os seguintes questionamentos e sugestões:

- PU/MG, fl. 8:

*“[...] estes processos começaram a chegar, aos montes, devido a um parecer da Procuradoria-Geral Federal, que definiu que o minério apreendido é do DNPM (está no Decreto de criação da autarquia), mas os valores obtidos da extração ilegal compete a PGU propor as ações de ressarcimento. [...] veio um parecer da PGU, dizendo que deverão ser propostas ações civis públicas [...] com isso, após terem sido distribuídos a mim, entrei em contato com o Vitor, que já teve resultados judiciais. Com isso, fiz reuniões com o chefe do DNPM e técnicos (relatórios importantes para os colegas em anexo) e, paralelamente, envio ofícios ao MPF, IBAMA, FEMSA, Junta Comercial e DNPM (Minutas anexas). [...] Nosso próximo passo é fazer as notificações extrajudiciais daqueles processos que a documentação já nos foi enviada, reunir com o MPF na perspectiva de litisconsórcio de propor ações. [...]”*

- PU/TO, fl. 9:

*“[...] A clandestinidade e a usurpação é muito comum nas atividades de mineração, entretanto é muito raro que essas informações cheguem ao nosso conhecimento. Há desconhecimento no DNPM sobre o que a AGU pode fazer. Uma maior proximidade com o DNPM pode diminuir o déficit atual na proteção desse patrimônio da União (CF, Art. 20). [...]”*

- PU/PR, fls. 9/10:

*“O primeiro caso, ainda em 2008, foi enviado ao MPF, [...] Liguei para o chefe do DNPM em Curitiba, e pedi que as notícias fossem encaminhadas à PU/PR. Imediatamente ajuizados três ações, fato que agradou muito o DNPM que, desde então, vem nos remetendo diretamente a documentação. Quanto a instrução. Nós sempre pedimos cópia do processo administrativo relativo à área e a apresentação de planilha que especifique os critérios de quantificação do prejuízo. Há um procedimento de auditoria nos documentos fiscais da empresa que é de atribuição do DNPM. Por esse procedimento é possível quantificar o valor de “R\$” que ingressou no patrimônio da empresa. Essa auditoria, normalmente demora um pouco e gera centenas de documentos, mas, do ponto de vista da instrução processual, é bastante eficiente. A gente costuma requerer apenas nos que se afiguram mais contundentes. O DNPM/PR tem atendido com bastante eficiência.”*

- PU/MG, fl. 27, que encaminha mensagem eletrônica do Sr. Sebastião de Oliveira, técnico do DNPM/MG, sobre avaliação do valor de pauta ou o valor de mercado:

*“Relaciono alguns itens que entendo ser relevantes e me preocupam um pouco, portanto enumero-os abaixo: [...] 4) Concordamos com a justificativa do Paraná ao afirmar que um valor baixo vai incentivar o minerador a usurpar. Porém, lembro que um dos argumentos que a Justiça Federal usou para condenar a mineradora que extraiu areia indevidamente no Paraná foi o de que eles não poderiam se enriquecer ilícitamente utilizando o produto da União. Será que os Juízes não entenderão que a União também não pode se enriquecer às custas de quem extraiu bem mineral sem a autorização da União. Ou seja, que a União Não pode se apropriar dos custos que o minerador teve para produzir o mineral. Enfim acho que o valor de pauta seria mais razoável e estaríamos utilizando o princípio da razoabilidade. Finalmente, destaco que se a PU/MG decidir pelo valor de mercado tudo bem para nós técnicos do DNPM, [...]”*

- PU/PR, fl. 26:

*“[...] E não me convenço de que, para fins de indenização da União pela usurpação mineral (que é crime) se possa ou se deva levar em conta os custos nos quais o usurpador (um criminoso, em tese) incorreu para fins da prática desse crime. A indenização deve ser a mais completa possível, até para fins de que os usurpadores não façam um balanço das perdas e ganhos e acabem concluindo que vale a pena continuar usurpando, ou seja, o lucro que tiveram com a comercialização do mineral usurpado não pode ser maior que a indenização que terão que pagar para a União.[...]”*

- PRU-3ª Região, que, desconhecendo a determinação anterior da PGU reconhecendo a legitimidade da União para propor as ações de ressarcimento decorrente da usurpação mineral, destaca justamente pela competência da União para propor essas ações, pelo que anexa Nota técnica elaborada na PRU-3, na qual são enfatizados alguns pontos acessórios importantes, como o poder de requisição das informações e o risco de prescrição, às fls. 35/38:

*“No que diz respeito à falta de infraestrutura e de qualificação técnica dos órgãos da Advocacia-Geral da União para a adequação da instrução da demanda, há que se considerar que aos membros desta instituição foi assegurado o poder de requisição dos elementos necessários às suas atividades, a que se sujeitam todos os entes da Administração Pública Federal, DNPM inclusive. [...] Por fim, registro que o expediente deve ter tratamento prioritário, tendo em vista que a ação de ressarcimento da União corre o risco de ver-se extinta pelo implemento do prazo*

*prescricional, que é de apenas 3 anos ( art. 206, § 3º, inciso V do Cód. Civil).”*

- A PU/SE, apresentou a contribuição de fl. 46, na qual se refere à decisão judicial que ratifica a competência da União para propor a ação de usuração mineral:

*“O MPF ajuizou uma demanda que versa sobre a extração mineral ilegal, deduzindo, dentre outros, o pedido de reparação à União pela lavra ilegal. A União interveio como litisconsorte ativa. O juiz julgou a demanda parcialmente procedente, mas afastou o pedido de reparação à União pela lavra ilegal, ao entendimento de que o MPF não poderia formulá-lo, apesar da União ter intervindo no feito como litisconsorte ativo. [...]”*

- A PU/ES, colaborou encaminhando as conclusões da Nota n. 00448.000043/2010-16, às fls. 62/69, inserindo o tema da responsabilidade do proprietário do direito de superfície ou do concessionário do direito da lavra, quando for constatado, respectivamente, lavra ilegal em sua propriedade ou no perímetro concedido, mas sem a identificação do usurpador:

*“[...] Ao nosso juízo, é claro o dever de vigilância sobre o local. Logo, se houve lavra ilegal por terceiro é porque existiu, no mínimo, culpa (in vigilando) do concessionário do direito da lavra, que agiu negligentemente. [...] Falta analisar eventual responsabilidade do proprietário do solo pelo prejuízo causado pelo usurpador. Como já transcrito acima, o art. 176, caput, da CF claramente distingue a propriedade do solo da propriedade das jazidas (princípio da dualidade imobiliária)<sup>10</sup>. Mas isso não significa que o proprietário tem que admitir a pesquisa e a lavra em sua propriedade passivamente, sem exigir nada em troca. Ao contrário, o próprio art. 176 da CF assegura ao proprietário direito de participar dos resultados da lavra, na forma da lei. (...) Ou seja: o proprietário do solo tem o direito de: a) receber participação nos resultados da lavra; b) receber a renda pela ocupação dos terrenos e c) ser indenizado pelos prejuízos decorrentes da pesquisa; (...) Em resumo, parece-nos que o proprietário do solo do local da lavra ilegal foi, no mínimo, negligente, e sua negligência foi fundamental*

10 A expressão princípio da dualidade imobiliária é utilizada na doutrina por Hidelbrando Hermann em sua obra “Legislação Mineral-Ambiental para aproveitamento de agregados” O princípio da dualidade imobiliária, caracterizado no art.176 caput da CF, é aquele que reafirma a separação da propriedade mineral da superficial, aquela pertencendo à União e esta ao superficiário, com destaque para a prevalência daquela em relação a esta, exatamente porque a atividade mineral é entendida como sendo de interesse nacional e, portanto, público.

*para o dano sofrido pela União; um crime praticado contra o patrimônio foi praticado dentro de sua propriedade. Sendo a omissão do proprietário do solo decisiva para a lesão ao patrimônio da União, parece-nos que o proprietário deve ser responsabilizado pelo prejuízo, cabendo-lhe o direito de regresso contra o usurpador.”*

- PU/PR, fl. 71, que questiona a recepção do Art. 27 do Código de Mineração frente à CF/88, por entender não ser mais o MP titular da indenização da lavra:

20. Como se vê, após a atuação e distribuição inicial deste expediente, vários outros questionamentos provenientes dos órgãos de execução foram agregados ao motivo preambular da orientação em tela. Com uma contribuição decisiva dos coordenadores locais do Grupo-Permanente de atuação proativa.

21. Com base nas indagações acima delineadas, pode-se inferir que o objeto deste trabalho ampliou-se para muito além da mera definição do parâmetro de aferição pecuniária de minério ilicitamente usurpado.

22. Em suma, os pontos sugeridos nas participações dos colegas Advogados da União, são os seguintes: uma maior proximidade com o DNPM visando uma melhor preparação das ações na instrução processual; a busca de um critério de cálculo de indenização que seja inibidor de novas condutas ilícitas dos usurpadores; destaque ao poder de requisição de informações da AGU; celeridade na análise dos casos haja vista o risco de prescrição; solidariedade da responsabilização por ação ou omissão da lavra ilegal praticada por terceiro, tanto por parte do empreendedor detentor do título de concessão, mas também do proprietário do solo, quando comprovada a culpa *in vigilando*, a perda de representatividade do Ministério Público para propor a ação de indenização de renda em desfavor do titular da lavra ante a não recepção do Art. 27 do Código de Mineração frente à CF/88.

23. A questão teve a sua primeira orientação sobre o tema, através da Nota n. 197/2010/DNM/DPP/PGU/AGU, de fls. 390/307<sup>11</sup>, devidamente aprovada pelo Despacho do Procurador-Geral da União em exercício, datado de 30/12/2010.

11 Nota elaborada pela Dr. Dilsileia Martins Monteiro, Advogada da União, lotada no DPP/PGU.

24. A referida Nota procurou analisar as questões mais urgentes suscitadas na lista de discussão da atuação proativa de defesa do patrimônio público, especificamente: quanto ao critério de aferição pecuniária do minério ilicitamente usurpado, vez que, diferentemente do órgão do DNPM do Paraná que adotava o critério do valor econômico do bem (calculado a partir do Anuário brasileiro de Minério), algumas Procuradorias (ex. PU/MG) defendiam, diversamente, o uso do valor de pauta. As questões foram assim sintetizadas na Nota n. 197/2010, fl. 390:

“Contudo, considerando a urgência informada pela PU/MG no ajuizamento de diversas ações em que se reclame a indenização pela lavra ilegal, o presente parecer adiantará considerações a respeito das seguintes questões postas em fax remetido no dia 15/11/2010:

- quando o responsável pela lavra ilegal for pessoa diversa daquela que possui o alvará da Pesquisa ou Guia de Utilização, deveremos propor a ação em face somente do infrator, do titular ou de ambos?

- qual será a orientação quanto ao valor do parâmetro para cálculo do ressarcimento?

- o procedimento indicado será Ação Civil Pública?”

25. Quanto ao critério a ser utilizado para o cálculo do valor do dano (minério usurpado), a Nota fez referência ao valor de mercado. Porém, *considera também necessária a manifestação do DNPM sobre os critérios de aferição*, afastando também qualquer expectativa de compensação dos custos de operação do usurpador:

“E, portanto, mais importante do que de antemão indicar um critério fixo para o minério usurpado, a Procuradoria da União deve obter informação do DNPM de todos os critérios possíveis, a fim de que a petição inicial ou durante a instrução processual faça a indicação de valores que melhor reflitam o valor de mercado.

“De outro lado, anote-se que, ao contrário da exploração legal do minério, para o ressarcimento do prejuízo sofrido pela União não devem importar custos próprios da atividade da lavra, pois o que usurpou o minério deve arcar sozinho com os custos da prática ilícita.”



26. Quanto ao tema da responsabilidade do dano causado pelo usurpador, a Nota n. 197/2010 destaca a possibilidade de cumulação do ressarcimento da responsabilidade civil com o ressarcimento pelo enriquecimento ilícito.

27. Para tanto, aponta para a hipótese da subsidiariedade do pleito, quando, mesmo após a reparação do dano sofrido pelo lesado, *persistir a situação do injusto*. Neste caso, sobressai o enriquecimento sem causa do causador do dano. Como sucede nos casos de usurpação mineral, quando mesmo havendo a recomposição dano, este tem valor menor do que foi auferido pelo usurpador, que, *data vênia* à conclusão da nota neste ponto, mesmo sem o empobrecimento da União, este obteve um aumento “sem causa” do seu patrimônio (lucro pela comercialização da riqueza mineral usurpada).

28. Enfim, a Nota concluiu que os órgãos de execução devem verificar, se as circunstâncias do caso assim permitirem (tal qual nas ações pioneiras da PU/PR), tanto o efeito prejudicial do ato ilícito (dano – Art. 927 do CCB), como o efeito benéfico dele decorrente (enriquecimento – Art. 884 do CCB). *In verbis*, fl. 333 v.

44. É importante, contudo, que na petição inicial os pedidos sejam deduzidos de forma *não se criar polêmica*, e, assim, o essencial de tudo isto é que se esclareça que a União é devido o ressarcimento de seu empobrecimento e do enriquecimento do usurpador, e, assim, não é possível, que indenização se restrinja ao valor apto a ressarcir o dano se o enriquecimento tiver sido maior.

29. Neste momento, cabe aqui um breve parêntese, para que seja feita uma interpretação conjunta do enriquecimento sem causa e do critério de fixação do dano pelo *valor de mercado* do minério usurpado, pois o valor de mercado traz em si não só o valor do dano (valor de pauta ou ordinário do minério), mas também a sua real expressão econômica, notadamente quando existem as provas da sua comercialização. Ou melhor, prova do lucro que fora obtido com a venda ilegal do minério, buscando-se sempre a concretização do princípio da indenização ser a mais ampla possível<sup>12</sup>.

12 RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO AMPLA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL. PAGAMENTO DE BOLSA DE ESTUDOS. DANO INCERTO E EVENTUAL. APROVAÇÃO INCERTA. EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ACOLHIDO PARCIALMENTE. MAIORIA. I – Nos casos de extravio de bagagem ocorrido durante o transporte

46. Em petição inicial postada na lista de discussão (Atuação proativa e patrimônio público), a PU/PR, sem polemizar, formulou pedidos de forma subsidiária. Requereu o ressarcimento pelo enriquecimento ilícito, que em muito superava o dano, e, pediu que, superado este pedido, o ressarcimento se desse pelo valor do efetivo dano material causado à União.

30. Outro ponto avaliado na Nota n. 197/2010 foi o alargamento do polo passivo da ação reparatória quando o responsável pela lavra é pessoa diversa do título de mineração (alvará de pesquisa), ou, conforme a situação, da guia de utilização<sup>13</sup>.

31. Neste passo, segundo a disposição do Decreto-lei n. 227/67, o empreendedor que obteve a autorização de pesquisa não se submete aos mesmos ditames daquele que já obteve o título concessão da lavra. E, nessa última hipótese, o concessionário passa a ter a posse da área, sendo a partir desse momento o responsável pelo seu uso, bem como do que nela suceder.

32. Assim, neste tópico, destaca-se a colaboração valorosa da PU/ES:

59. Como observou o Dr. Eduardo Nogueira Moreira na nota que elabora, diferente é a situação do titular da concessão da lavra. Conforme dispõe o Código de Mineração, ao titular da concessão da lavra é deferida a “posse da jazida (Art. 44)

60. Frise-se, porém, *que se afirma apenas que pela simples detenção do alvará de pesquisa o titular não poderá ser responsabilizado.* O exame do caso concreto é que definirá se, por outro fundamento poderá ser responsabilizado pela usurpação mineral. “

---

aéreo, há relação de consumo entre as partes, devendo a reparação, assim, ser integral, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, e não mais limitada pela legislação especial. II - Por se tratar de dano incerto e eventual, fica excluída da indenização por danos materiais a parcela correspondente ao valor da bolsa que o recorrido teria se tivesse sido aprovado no exame para frequentar o curso de mestrado. REsp 300190 / RJ - RECURSO ESPECIAL, 2001/0005523-0 DJ 18/03/2002 p. 256 RT vol. 803 p. 177.

13 A Portaria DNPM n. 144, de 03 de maio de 2007, disciplina no caput do Art. 2 – Denominar-se-á Guia de Utilização (GU) o documento que admitir, em caráter excepcional, a extração de substâncias minerais em área titulada, antes da outorga da concessão da lavra, fundamentada em critérios técnicos, ambientais e mercadológicas, mediante prévia autorização do DNPM, em conformidade com o modelo-padrão e tabela constantes nos Anexos I e II, respectivamente, desta Portaria.

33. Pelo acima exposto, pode-se dizer que: quando a usurpação mineral for praticada por terceiro, numa área que já tenha sido expedido o título hábil que transmitiu a posse da lavra ao empreendedor em caráter precário ou não (titular da concessão da lavra ou da guia de utilização), este, ao final, poderá ser responsabilizado civilmente pelo mau uso da sua concessão/autorização.

34. Porém, como consequência dessa afirmação, não será possível a responsabilização daquele empreendedor que possuía tão somente a autorização da pesquisa sem ser imitado na posse da área (exceto que outros elementos conduzam a esse entendimento, devidamente munido de provas da suposta conduta ilegal).

35. O eventual litisconsórcio, igualmente deve ser avaliado pelas circunstâncias, caso a caso, tendo em vista a possibilidade da responsabilização do concessionário e do terceiro-usurpador, quando identificado. E, ainda, avaliada a capacidade econômica deste terceiro usurpador para responder, solidariamente, com o concessionário.

36. E, quando houver só a autorização da pesquisa, ou inexistente esta, e mesmo assim for constatada a usurpação mineral por terceiro e este não for identificado, indaga-se: quem poderá ser responsabilizado? Quem arcará com o dano ao patrimônio da União? Tal questão será abordada mais à frente.

37. Diante da preocupação de algumas Procuradorias da União em se utilizar ou não da Ação Civil Pública na concretização do pleito indenizatório, a Nota n. 197/2010, também analisa qual seria o instrumento processual mais adequado ao caso.

38. Porém, neste tocante, a *PGU já havia enfrentado o tema, por meio da Nota Interna n. 322/2006/LMWP/DEJAP/PGU/AGU, às fls. 335/340*, na qual foi analisado não só do cabimento da Ação Civil Pública para se pleitear o ressarcimento por dano ambiental e econômico decorrente da lavra ilegal, mas também a própria legitimidade da União para propor a ação civil pública. Segue abaixo a ementa e conclusões desta Nota:

*“EMENTA: A atribuição para ajuizamento de ação de ressarcimento dos danos decorrentes da utilização ilegal de recursos minerais da União. Questionamento formulado pelo Departamento Nacional de Produção Mineral para a Procuradoria da União de Sergipe. Interesse da União em preservar o meio ambiente e postular a reparação de danos.*

[...]

*Nesse contexto, o art. 225, parágrafo 2º, da CF/88, impõe àquele que explorar recursos minerais, o dever de 'recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente'.*

[...]

*Sendo certo que a degradação ambiental relatada está atingindo bem de propriedade da União, compete-lhe promover as medidas administrativas e judiciais pertinentes para a defesa do meio ambiente.*

*Conferindo legitimidade para as entidades políticas figurarem no polo ativo das ações civis públicas para a defesa de direitos coletivos e difusos, dispõe o art. 5º da Lei n.º 7.347/85: A ação principal poderá ser proposta pelo Ministério Público, pela União, ou pelos Estados e Municípios. Poderá também ser proposta por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: (grifou-se).*

[...]

*Diante do exposto, não é possível concordar com a afirmação do parecer do DNPM no sentido de que o "Ministério Público encontra-se em melhor posição para o ajuizamento da ação civil pública" (fls.08)*

*Não há dúvida de que a persecução penal, neste caso, é privativa do Ministério Público Federal. Todavia, no que se refere à ação civil pública para tutela do meio ambiente, a legitimação é concorrente, sendo, inclusive, dever da União o seu ajuizamento.*

*À luz das considerações precedentes, recomenda-se que a União, por meio da Procuradoria da União em Sergipe, promova a ação civil pública visando à reparação dos danos causados pela exploração ilegal de recursos minerais e à recuperação do meio ambiente degradado. Para tanto, sugere-se que a PU-SE solicite ao DNPM todos os subsídios necessários para embasar a pretensão da União."*

39. Como se vê, a PGU, desde 2007, já orientava o seus órgãos de execução quanto ao cabimento e a legitimidade da União para propor

a ação civil pública, tanto para o ressarcimento do dano patrimonial decorrente da usurpação mineral, mas também pelo dano ambiental.

40. Naquela época, o DNPM, tinha uma posição contrária ao envio da documentação aos órgãos da PGU para que a União ingressasse *sponte propria* com as suas Ações Cíveis Públicas.

41. Hoje, o DNPM, devidamente subsidiado pela Procuradoria Federal que atua perante o órgão e supervisão da Procuradoria-Geral Federal, adota posição de colaborador da PGU nestes casos, inclusive defendendo a legitimidade da União para propositura das ações de reparação do dano por usurpação mineral<sup>14</sup>.

42. Desse modo, a Nota n. 197/2010, veio para corroborar, de uma forma mais fundamentada e cautelosa, o que já havia sido objeto de orientação da PGU através da Nota n. 322/2006, no tópico referente ao instrumento processual mais adequado à pretensão de ressarcimento da União. *In verbis*, fl.395 v.:

“79. E, assim, entende a subscritora que não convém a expedição de uma orientação geral pela PGU quanto a se utilizar ou não a ação civil pública. Convém, que isto seja definido pela natureza e extensão do dano imposto à União, bem como pela sensibilidade e estratégia do Advogado da União que ajuizar a ação, e a estratégia da Procuradoria-Geral da União em que estiver lotado.

80. A utilização da Ação Civil Pública será facilmente justificada, segundo entende a subscritora, quando se cumular o pedido de ressarcimento pela usurpação mineral com o de danos ambientais que decorram da atividade minerária.

81. Ocorre que ainda assim não existirá óbice para o ajuizamento de duas ações, uma que trate apenas dos danos materiais e imateriais impostos à União pela lavra ilegal, e outra dos danos ambientais.”

43. Ao final, a Nota n. 197/2009 adota as seguintes conclusões, visando, preliminarmente, responder a consulta da PU/MG:

“a) Na ação de ressarcimento, o valor a ser observado para a recomposição do dano sofrido pela União deve ser o que, a partir

14 Parecer PROGE/DNPM n. 629/2008-SC – Ref. Processo DNPM n. 48400 – 0001106/2007-63.

dos dados do caso concreto obtidos pela PU, antes do ajuizamento da ação e durante a instrução processual, melhor reflitam as perdas, e, assim esse valor não poderá ser *necessariamente* o valor de Pauta;

b) O exame do caso concreto é que determinará se pessoa distinta do usurpador também pode figurar no polo passivo da ação de ressarcimento, sendo possível afirmar, de antemão, apenas que pela simples detenção de alvará de pesquisa, i.é., inexistindo outros fundamentos para a imputação de responsabilidade, o seu titular não poderá ser responsabilizado.

c) Para a dedução do pedido de ressarcimento, é adequada a utilização da ação civil pública, que, no entanto, não é imprescindível. Caberá ao advogado responsável pelo ajuizamento da ação avaliar sua adequação no caso concreto.

44. No entanto, sabendo da complexidade do tema, na Nota 197/2010, foram indicadas algumas questões que deveriam ainda ser respondidas pela PGU, particularmente, por este Departamento de Patrimônio Público.

“92. Advirta-se que após a análise do parecer o dossiê deverá retornar ao DPP, para exame mais aprofundado ou inicial a respeito das seguintes questões postas na lista de discussão:

Na hipótese de o DNPM ter apreendido todo o resultado da lavra ilegal, há que ser ajuizada ação de ressarcimento? Há o que ressarcir?

Na ação de ressarcimento, para o fim de determinar o dano sofrido pela União, deve ser considerado todo o volume do minério extraído ilegalmente ou deve ser considerado o volume de minério após a subtração do percentual do minério não aproveitável, no caso de minério em que a comercialização necessariamente envolve o descarte de parte do minério extraído (percentual de aproveitamento)?

Quando não identificado o responsável pelo ato de subtração do minério em atividade de lavra legal, pode ser ajuizada ação contra o proprietário do solo (superficiário) para reclamar indenização pelos danos sofridos pela União?

Atuação da União nas ações civis públicas ajuizadas pelo MPF em razão da lavra ilegal. Forma de atuar quando entender o judiciário que ao MPF não cabe formular o pedido de reparação do dano ao erário pela lavra ilegal.

Os particulares devem renda pela lavra às pessoas jurídicas de direito público, quando a lavra for concedida em terreno público? É devida indenização apenas pelos danos e prejuízos? Recepção ou não do inciso V do art. 27 do Código de Minas da CF/88.

Provocar a manifestação da CONJUR-MME a respeito da seguinte questão: juridicidade ou não de se manter o direito de pesquisa quando o titular do alvará de pesquisa é flagrado usurpando minério, em razão da notícia de que o entendimento do DNPM é o de que a lavra ilegal não se confunde com a lavra ambiciosa, e, assim, se o titular do alvará de pesquisa é flagrado nessa situação, somente deve sofrer sanções na esfera civil e penal. Mais que isso, a Administração, em momento posterior, favorece o usurpador com a concessão da lavra. Avaliar a repercussão do entendimento do DNPM a respeito do assunto nas ações de ressarcimento.

Direitos dos Estados e Municípios na hipótese de lavra ilegal. Há necessidade de se intimar Estado e Município em ação de ressarcimento a ser ajuizada pela União para integrar a lide? ”

45. Como se pode constatar, a Nota n. 197/2010, além de incorporar uma série de questionamentos propostos por algumas das Procuradorias da União nos Estados, avança na direção da repercussão administrativa dos efeitos da identificação da lavra ilegal e da propositura da ação de ressarcimento, indagações estas (itens ‘e’ e ‘f’) que, data máxima vênua, devem ser respondidas pela CONJUR-MME, pois desborda do objetivo principal da presente orientação, qual seja, repise-se: analisar e oferecer uma uniformização quanto aos critérios processuais adequados e necessários à melhor forma de se propor a ação de ressarcimento em favor da União pelo causador do dano de usurpação mineral, quer seja o empreendedor, o proprietário superficiário ou mesmo um terceiro.

46. *Enfim, após feito o retrospecto minucioso do trabalho de orientação que até aqui vem sendo desenvolvido pela PGU, cabe dar prosseguimento à análise de alguns questionamentos imprescindíveis ao exercício das atribuições do contencioso judicial da União no tocante ao ressarcimento decorrente da usurpação mineral.*

### III – ANÁLISE COMPLEMENTAR

47. O prosseguimento do presente estudo pressupõe a separação dos questionamentos que ainda necessitam de complementação ou de uma análise inicial, daqueles que já foram respondidos pelas orientações anteriores.

48. Conforme verificado no que já foi até aqui exposto, pode-se dizer que as seguintes questões já foram suficientemente respondidas:

- Diante do disposto no Art. 20, IX da CF/88, as riquezas minerais do solo e do subsolo pertencem à União e que pode pleitear o ressarcimento judicial daquele que, atuando contrariamente ao regramento vigente para a concessão da lavra;
- A recomendação de se optar pela Ação Civil Pública (notadamente naqueles casos em que for possível a cumulação com os danos ambientais) por ser a União parte legítima para pleitear ressarcimento do dano causado ao bem público (concepção ampla do interesse coletivo);
- Adoção do parâmetro do valor de mercado como sendo o mais adequado à indenização reparatória da União e do enriquecimento sem causa do usurpador;
- A definição da recepção do Art. 27, inciso VIII, do Decreto-lei n. 227/67, que prevê a representação do Ministério Público Estadual da Comarca onde for proposta o procedimento de jurisdição voluntária de avaliação e renda, através do Parecer n. 203/2010/MMS/DPP/PGU/AGU (nup n. 00585.001632/2009-11), fls. 98 v. e 99: *Como já mencionado, esse foi o entendimento da Conjur-MME. A despeito disso, contudo, a norma do inciso VIII do referido art. 27 do Decreto-lei 227/67 tem motivado incontáveis casos de intimação da União no procedimento, para dizer que tem interesse no feito. Conforme também já consignado, a CONJUR/MME defende a ausência de interesse da União no procedimento de jurisdição especial, que seria instaurado “no interesse exclusivo do titular de autorização de pesquisa”.*



definição contida no Parecer n. 203/2010, com base em manifestação do DNPM (Parecer n. 461/2010/HP/PROGE/DNPM), de que a União, mesmo que seja proprietária da superfície do solo em que foi concedida a lavra, não faz jus à indenização pela lavra, mesmo porque, o bem já lhe pertencia (riqueza mineral) e a indenização é prevista em favor daqueles que tiveram suas propriedades afetadas pelo exercício da lavra. E, por outro lado, cabe ao Estado *latu sensu* (União, Estados e Municípios) uma participação ou compensação financeira pelo resultado da lavra;

49. Assim, após o cotejo com o exposto no relatório, subsistem os seguintes questionamentos:

- qual o critério de mensuração que deve ser utilizado pelos técnicos do DNPM para se aferir a quantidade de material usurpado da área da lavra? Ou, em termos mais precisos: se o eventual cálculo deveria se basear tão somente no *minério especificado* na autorização de pesquisa (lavra ilegal), no excedente da lavra concedida (lavra ambiciosa), ou para além do que foi autorizado para exploração econômica, abarcando todo e qualquer minério que poderia ter sido extraído da área da lavra com algum tipo de aproveitamento econômico;
- responsabilização do empreendedor autorizado para a pesquisa ou lavra, bem como o proprietário (superfideciário) do solo, solidariamente ou não, pela lavra ilegal realizada por terceiro, quer tenha sido identificado ou não;

caso utilizada a ação civil pública ou mesmo a ação ordinária, para que conta financeira deve ser revertido o depósito proveniente da condenação ou mesmo do acordo: Fundo Nacional de Mineração ou a Conta Única do Tesouro?;

qual deve ser o prazo prescricional aplicado no caso da ação de ressarcimento a ser promovida pela União em face do usurpador de minério;

- sendo possível a União também ajuizar a ação reparatória do dano ambiental, quando e como proceder? Nos casos omissos

de atuação do MPF? Cumulando com o pedido ressarcimento na Ação Civil Pública? Ou ingressar com ações diferentes?

50. Enfim, parece que são estas as questões a serem abordadas, complementar ou originariamente, através da presente orientação, e, que, efetivamente, atende ao anseio dos órgãos de execução.

#### **A) CRITÉRIO DE MENSURAÇÃO A SER UTILIZADO PELOS TÉCNICOS DO DNPM PARA SE AFERIR A QUANTIDADE DE MATERIAL USURPADO DA ÁREA DA LAVRA**

51. Num primeiro momento não há dúvida quanto à escolha do *valor econômico* do minério à época da usurpação, obtido por qualquer meio de prova que esteja à disposição do Advogado da União no caso concreto, como base de cálculo do *quantum* a ser ressarcido à União.

52. Isto porque, no campo da reparação do dano, prevalece o princípio de restabelecimento do *status quo* patrimonial anterior, quando possível. Mas, não o sendo, que então a condenação atenda ao princípio da máxima correspondência possível na sua conversão em pecúnia.

53. Não obstante, subsiste para alguns a seguinte indagação: qual seria então o critério técnico a ser utilizado pelo DNPM, ou por um outro órgão técnico capaz de realizar a perícia (Departamento de Polícia Federal), para se identificar o minério usurpado. Ou melhor: se o eventual cálculo deveria se basear tão somente no minério especificado na autorização de pesquisa, quer seja na lavra ilegal ou ambiciosa<sup>15</sup>; ou, para além do que foi autorizado inicialmente para exploração econômica, englobar todo e qualquer minério que poderia ter sido extraído da área da lavra, desde passível de aproveitamento econômico.

54. Sem desmerecer a preocupação de algumas Procuradorias na defesa do patrimônio público, acredito que a determinação de qual o critério técnico que vai ser utilizado para a identificação do minério que foi usurpado, é tarefa da área técnica encarregada de fazer a diligência/perícia; quer seja em juízo ou fora dele.

---

<sup>15</sup> Decreto-lei n. 227/67, art. 48. Considera-se ambiciosa, a lavra conduzida sem observância do plano preestabelecido, ou efetuada de modo a impossibilitar o ulterior aproveitamento da jazida.

55. Por outro lado, cabe sim à PGU definir a extensão ou abrangência da riqueza mineral que deverá ser identificada para só então ser quantificada e avaliada pelo seu valor de mercado.

56. Contudo, tal delimitação deve se escorar nas mesmas normas que definem quais minérios são passíveis de concessão/exploração, ou, ainda, aqueles outros minérios cuja exploração pode ser objeto de acréscimo ao título da lavra inicial.

57. Desse modo, em princípio, não só o minério destacado no título de pesquisa ou lavra, na previsão contida no plano de aproveitamento econômico da jazida<sup>16</sup>, mas também aquele que foi identificado pela fiscalização do DNPM *in loco*<sup>17</sup> ou em perícia contábil, como resultado de auditoria realizada também pelo DNPM<sup>18</sup>, sendo assim passível de identificação e mensuração para efeito do cálculo de indenização pelo seu valor de mercado.

58. Ressalte-se, que a delimitação da identificação do minério a ser explorado economicamente, deve atender o mínimo de razoabilidade. Isto é, a expectativa econômica primeira de uma jazida ou mina tem por objeto determinado minério, cuja exploração foi concedida e o seu custo de produção justifique a sua lavra, independentemente do eventual potencial econômico do 'resíduo' desta atividade minerária<sup>19</sup>.

59. De outro tanto, cabe ao DNPM, órgão fiscalizador competente, quando da aferição da lavra ilegal, fazer a identificação do minério que

16 Decreto-lei n. 227/67, art. 39. O Plano de Aproveitamento econômico da jazida será apresentado em duas vias e constará de: [...] II – Projetos e anteprojetos referentes: a) ao método de mineração a ser adotado, fazendo referência à escala de produção prevista inicialmente e à sua projeção;

17 Decreto-lei n. 227/67, art. 47 Ficará obrigado o titular da concessão, além das condições gerais que constam deste Código, ainda, às seguintes, sob pena de sanções previstas no capítulo V: [...] IV – Comunicar, imediatamente ao D.N.P.M o descobrimento de qualquer outra substância mineral que não incluída no Decreto de Concessão; [...] Parágrafo único. Para o aproveitamento, pelo concessionário da lavra, das substâncias referidas no item IV, deste artigo, será necessário o aditamento ao seu título de lavra.

18 Decreto-lei n. 227/67, art. 50. O Relatório Anual das atividades realizadas no ano anterior deverá conter, entre outros, dados sobre os seguintes tópicos: [...] Quadro mensal, em que figurem, pelo menos, os elementos de: produção, estoque, preço médio de venda, destino do produto bruto e do beneficiado, recolhimento do Imposto Único e o pagamento do Dízimo do proprietário;

19 Segundo informação técnica anexada ao presente dossiê, os subprodutos da atividade minerária são: o resíduo e o estéril. O resíduo é considerado um subproduto da lavra, que, muito embora tenha algum aproveitamento econômico (ínfimo diante do produto principal da lavra), na quase totalidade das vezes não tem aproveitamento econômico nenhum por parte do concessionário. O estéril é o resíduo propriamente dito da lavra, sem qualquer possibilidade de aproveitamento econômico (areia, terra ou barro).

foi usurpado. Assim como, eventualmente, identificar, no seu ato de infração, se houve de fato uma exploração econômica do resíduo, e se essa exploração tem expressão econômica, e, por último, se pode ser avaliada e quantificada pericialmente.

60. Neste passo, acredita-se que há um limite claro na determinação de quais as riquezas minerais devem ser incluídas na determinação da base de cálculo do minério usurpado. O limite deve ser o potencial econômico do minério ou do resíduo extraído da lavra ilegal. Tal aferição pode ser feita através por perícia documental ou por perícia técnica especializada no local da exploração do minério.

## **B) RESPONSABILIZAÇÃO DO TITULAR DA LAVRA OU DO PROPRIETÁRIO DO SOLO, PELA LAVRA ILEGAL REALIZADA POR TERCEIRO**

### **B.1) DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TITULAR DA LAVRA:**

61. Neste ponto, acredita-se não subsistir a menor dúvida de que o empreendedor da concessão da lavra, após a sua imissão na posse da lavra<sup>20</sup>, passa a ser o responsável pela lavra, devendo responder pelos danos que causar, inclusive quanto à usurpação mineral eventualmente praticada por terceiro, quer tenha sido este identificado ou não.

62. Não se exige um esforço interpretativo para se enquadrar a responsabilização do concessionário, que, por negligência, permitiu a causação do dano, nos moldes do art. 186 do CCB.

63. Neste contexto, estando o concessionário na posse (detenção) da lavra, responde pela lavra ilegal praticada diante de sua omissão. Mesmo porque o Código Mineral elege uma série de obrigações e prazos para que o concessionário explore a jazida que lhe foi concedida, dando-lhe assim o aproveitamento econômico esperado.

64. Desta feita, o marco definidor da responsabilização do concessionário é a sua imissão na posse da área da jazida. Assim, não se pode falar em responsabilização do empreendedor que detenha tão somente o título de pesquisa da área, salvo por ato próprio.

---

20 Decreto-lei n. 227/67. Art. 44. O titular da concessão da lavra requererá ao DNPM a Posse da Jazida, dentro de 90 dias a contar da data da publicação da respectiva portaria no Diário Oficial da União.

## B.2) DA RESPONSABILIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO DA SUPERFÍCIE DO SOLO

65. Assim, quando for detectado pela fiscalização que o usurpador é um terceiro, este poderá ser acionado ou não em conjunto com o concessionário. Por outro lado, quando não existir a concessão deferida, pode haver a responsabilização do proprietário do solo, levando-se em conta o seu dever de zelar pela sua propriedade, empregando-lhe de acordo com o uso lícito da mesma, sem causar prejuízo a outrem.

66. Desde logo, percebe-se, diferentemente da facilidade da constatação da responsabilidade solidária do concessionário da lavra acima esquadrihada, que a responsabilização do proprietário superficiário exige uma ilação mais complexa.

67. A responsabilidade do proprietário superficiário advém do cotejo da função econômica e social<sup>21</sup> da propriedade, donde se percebe que o proprietário, devendo velar e cuidar do seu domínio, não pode permitir que um terceiro invadindo seu imóvel, passe então a lavrar ilegalmente a sua terra, causando dano ao patrimônio da União.

68. Flagrada então a usurpação mineral, com ou sem identificação do usurpador, o proprietário do solo pode ser responsabilizado solidariamente pelo dano causado ao patrimônio da União, diante da sua conduta omissiva, por sua *culpa in vigilando* (Art. 186 do CCB).

69. Neste tocante, cabe a responsabilização do proprietário da terra, o qual permitiu que um terceiro adentrasse na sua propriedade e passasse a exercer atividade mineradora de forma ilícita, em flagrante prejuízo da União.

70. E, como bem destacou a PU/ES no estudo elaborado às fls. 62/69, e já citado anteriormente, o proprietário tem o dever de bem exercer o

21 CF/88, Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (...). Novo Código Civil, Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

direito de propriedade que tem a sua função social, bem como velar pela integridade e bom uso do patrimônio da União (art. 176 da CF/88), sob pena de ser responsabilizado pela conduta omissa:

“[...] Em resumo, parece-nos que o proprietário do solo do local da lavra ilegal foi, no mínimo, negligente e sua negligência foi fundamental para o dano sofrido pela União; um crime praticado contra o patrimônio foi praticado dentro de sua propriedade. Sendo a omissão do proprietário do solo decisiva para a lesão ao patrimônio da União, parece-nos que o proprietário deve ser responsabilizado pelo prejuízo, cabendo-lhe o direito de regresso contra o usurpador.”

71. Desta feita, havendo meios e provas que possam inferir da responsabilidade do proprietário, que, direta ou indiretamente permitiu o cometimento do ilícito de usuração na sua propriedade, deve então ser responsabilizado por tal conduta, comissiva ou omissiva.

#### **C) DESTINAÇÃO DO VALOR DO DEPÓSITO DO ACORDO OU DA CONDENAÇÃO PARA A CONTA ÚNICA DO TESOURO**

72. Urge saber, após o sucesso dos primeiros acordos feitos por força das ACPs, em qual conta devem ser depositados estes valores. Caso o instrumento processual utilizado seja a ACP, pergunta-se: caberia o depósito do valor no do Fundo de Reparação dos Direitos Difusos?<sup>2</sup>

73. Na verdade, o valor obtido com o ressarcimento da usuração mineral, visa recompor o patrimônio da União, quer este objetivo tenha sido atingido por meio de uma ACP ou não.

74. A riqueza mineral é bem público da União, conduzindo necessariamente a ideia de que a sua recomposição deve se dar com a compensação financeira pelo dano em favor da União. Quantia essa que deve ser depositado na Conta Única do Tesouro Nacional<sup>22</sup>.

75. A Conta Única do Tesouro Nacional <sup>23</sup> é o destino natural de todos os valores que são arrecadados como receita pela União, que

22 LEI Nº 9.703, DE 17 DE NOVEMBRO DE 1998.

23 INSTRUÇÃO NORMATIVA STN Nº 02, DE 22 DE MAIO DE 2009.

não possuam destinação específica, como é o caso dos fundos contábeis (Fundo Nacional Minerário) <sup>24</sup>.

76. Por outro lado, a título de informação, cabe aqui o esclarecimento, para se evitar futuros questionamentos, que o valor também não poderia ser depositado em favor do Fundo Nacional Minerário, pois, conforme se infere da previsão contida no § 4º, do Art. 73 do Decreto-lei n. 227/67, e do regulamento contido PORTARIA N° 400 de 30 de setembro de 2008, tal fundo recebe tão somente os depósitos referentes às receitas provenientes do pagamento de taxas, multas e demais emolumentos provenientes da atividade do DNPM, decorrente da Administração, Fiscalização e execução das normas do Sistema legal minerário brasileiro<sup>25</sup>.

77. Destarte, caso a União venha a se sagrar vencedora nas ações de ressarcimento por usurpação mineral, os depósitos provenientes dos pagamentos em juízo ou oriundos dos acordos extrajudiciais, devem ser realizados à Conta única do Tesouro Nacional, através da respectiva Guia de Recolhimento Único (GRU).

#### **D) PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO:**

78. Pergunta-se enfim, qual seria o prazo prescricional da ação indenizatória a ser promovida pela União a fim de se ressarcir o prejuízo sofrido e do conseqüente enriquecimento sem causa do causador do dano, que além do prejuízo, ao usurpar riqueza mineral, cometeu também o crime de usurpação <sup>26</sup>?

24 Atualmente o Governo Federal dispõe de três documentos para realizar todo e qualquer ingresso de recursos a Conta Única do Tesouro Nacional: a) Documento de Arrecadação de Receitas Federais (Darf), utilizado para recolhimento de receitas administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN; b) Guia de Previdência Social (GPS), utilizada para recolhimento das receitas de contribuições sociais anteriormente arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, hoje administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, e demais receitas do INSS; c) Guia de Recolhimento da União (GRU), utilizada para arrecadação de receitas administradas pelos órgãos, fundos, autarquias, fundações e demais entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social (receitas diretamente arrecadadas). Cabe ressaltar que, antes da implantação da GRU, as receitas administradas pelos órgãos e entidades do Governo Federal, excetuando-se a RFB, a PGFN e o INSS, eram recolhidas mediante depósito direto na Conta Única, por intermédio do Banco do Brasil, ou por meio de Darf.

25 Decreto-lei n. 227/67. Art. 3º. (...) § 2º Comete ao Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM a execução deste Código e dos diplomas legais complementares.

26 O art. 2º da Lei 8.176/91 (define crimes contra a ordem econômica), dispõe: “Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à

79. Em princípio, deve-se desde logo abraçar a tese da imprescritibilidade do ressarcimento do dano causado pelo usurpador, por se tratar de uma conduta danosa e criminoso, e, por conseguinte, mais grave até mesmo do que o ilícito de improbidade. Não sendo assim aceitável uma interpretação menos severa do tema prescrição da ação de ressarcimento para o usurpador do que para o agente de improbidade.

80. Nessa linha de interpretação, deve se adotar a tese exposta no julgado do STF que trata do tema, tendo acolhido a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento, nos termos do §5º, do Art. 37 da CF/88<sup>27</sup>, numa situação menos grave, e que sequer configurava um ilícito penal. *In verbis*:

Tribunal de Contas da União. Bolsista do CNPq. Descumprimento da obrigação de retornar ao país após término da concessão de bolsa para estudo no exterior. Ressarcimento ao erário. Inocorrência de prescrição. Denegação da segurança. O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo poder público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da CF, no tocante à alegada prescrição.” (MS 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-9-2008, Plenário, DJE de 10-10-2008.) No mesmo sentido: RE 578.428-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13-9-2011, Segunda Turma, DJE de 14-11-2011.

81. Em princípio, deve-se frisar ainda, que o usurpador do minério é agente detentor de uma delegação do poder público, isto é, de uma

---

União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Pena - detenção, de um a cinco anos e multa. § 1º Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no “caput” deste artigo. § 2º No crime definido neste artigo, a pena de multa será fixada entre dez e trezentos e sessenta dias-multa, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. § 3º O dia-multa será fixado pelo juiz em valor não inferior a quatorze nem superior a duzentos Bônus do Tesouro Nacional – BTN”.

27 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.



autorização ou de lima concessão para atuar regularmente. E, por esse motivo, se encaixa no conceito de agente previsto no § 5º do Art. 37, da CF/88.

82. Já para o caso de usurpação praticado por terceiro, nos casos de lavra clandestina<sup>28</sup>, mais uma vez deve se valer do *decisum* do STF, o qual entende que o termo “agente” referido no aludido § 5º se refere ao agente causador do dano, e não somente a um agente público. Trata-se assim de uma interpretação adequada do termo, que permite incluir mesmo o usurpador de lavra clandestina na ressalva da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por dano.

83. Apesar do julgado do STF que acolhe a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento do dano, qualquer que seja o dano causado à União (proveniente ou não de um ato de improbidade), e, ainda, qualquer que seja seu agente, ressalte-se que o STJ restringe essa tese às ações que objetivam o ressarcimento decorrente de um ato de improbidade (MS 13958/DF; MS 15567/DF; AgRg no EREsp 1115195/DF).

84. Não obstante, após uma leitura mais acurada dos acórdãos do STJ, se infere que este reconhece igualmente a imprescritibilidade da ação de ressarcimento decorrente de ilícito penal (crime de usurpação de minério). Isto porque, tal conduta é ainda mais grave do que a conduta de improbidade.

85. Porém, entende-se ser mais adequado e favorável à União adotar o entendimento do STF, que entende ser aplicável aos atos ilícitos de um modo geral, não se fazendo a distinção quanto ao tipo do ilícito, se cível ou penal.

86. Essa questão vem sendo discutida nas orientações do DPP, que, vem adotando, prudentemente, naqueles casos em que as ações de ressarcimento não são oriundas de um ato de improbidade ou ilícito

---

28 Cabe aqui dividir os três tipos de exercício ilícito da exploração mineral: clandestina, ilegal ou ambiciosa. Clandestina é a lavra exercida por aquele indivíduo destituído de qualquer título minerário, quer seja autorização para pesquisa ou muito menos a concessão para a lavra. A lavra ilegal é aquela praticada pelo detentor do título autorização para pesquisa, que ainda não obteve a concessão da área a ser explorada. Por último, a lavra ambiciosa, é aquela praticada pelo concessionário que, se excedendo ao título minerário que lhe foi concedido, explorou de forma exaustiva a jazida, inviabilizando ou mesmo dificultando o seu aproveitamento ulterior.

penal, o posicionamento de se evitar ultrapassar os prazos prescricionais estabelecidos em face da União.<sup>29</sup>

87. Mesmo se adotando a tese primeira da imprescritibilidade da ação de ressarcimento decorrente do crime de usurpação mineral, *ad cautelam*, ao se procurar atender ao prazo da ação de ressarcimento, cabe demonstrar a divergência existente na fixação do prazo prescricional em face da União nas ações ressarcimento, tendo em vista a superveniência do Novo Código Civil de 2002, que no seu Art. 206, §3º, inciso V, que estabelece o prazo de três anos para a pretensão de reparação civil, inciso este que, segundo afirmam alguns doutrinadores e julgados, excepcionaria a incidência do prazo prescricional de 05 (cinco) anos<sup>30</sup>, previsto até então como regra geral para as causas da União no Art. 1º, do Decreto n. 20.910/32<sup>31</sup>.

88. Neste passo, a doutrina e alguns julgados, após o advento do Novo Código Civil, vêm adotando a tese da prescrição trienal para as ações indenizatórias, contrariando a tese de que a regra especial (Decreto n. 20.910/32) deveria prevalecer sobre a *novel* legislação civil.

89. A justificativa para tanto seria a interpretação do Art. 10, do citado Decreto n. 20.910/32, que por sua vez abre uma exceção quanto ao prazo prescricional quinquenal, quando houver a estipulação de prazos

29 A PGU já examinou o tema por meio do parecer nº 079/2009/KNN/PGU/AGU: “14. De fato, como já manifestado anteriormente, trazer a exceção da imprescritibilidade para qualquer seara, significa afastar todo normativo que disponha sobre o prazo de pretensão da União de reaver prejuízos causados ao erário, inclusive decorrentes de relações jurídicas de natureza eminentemente privada. Tal raciocínio, além de ir de encontro aos princípios da isonomia e da estabilidade das relações sociais, abala não só à segurança jurídica, como o próprio sistema jurídico. 15. O ajuizamento de uma ação baseada nos fatos em comento, fundamentando-se no art. 37, § 5º da CF, pode trazer danos nefastos à União, especialmente descrédito perante o Judiciário, que só recentemente vem acatando a possibilidade de não incidência da prescrição nas ações de improbidade. Até a consolidação jurisprudencial do tema, creio, tratar-se de ação temerária, expondo a União ao risco de arcar com os ônus da sucumbência.”

30 Princípio da simetria do prazo prescricional da Fazenda Pública quanto ré ou autora da ação deve ser o mesmo: 05 (cinco) anos. REsp 444.646/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, DJ 02.08.2006; REsp 539.187/SC, Rel. Min. DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJ 03.04.2006; REsp 751.892/SC, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 20.03.2006; REsp 714.756/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ 06.03.2006; REsp 436.960/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 20.02.2006.

31 “Decreto n. 20.910 - Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”.

menores previstos em leis e regulamentos especiais, conforme é o caso previsto no inciso V, do Art. 206, do CCB.<sup>32</sup>

90. Neste sentido, mesmo se se aderir à tese de imprescritibilidade da ação de ressarcimento por ato ilícito não decorrente de improbidade, deve-se, *cautelamente*, e se possível, o atendimento ao prazo prescricional genérico da lei civil (inciso V, do Art. 206, do CCB) e específico da Fazenda Pública (Art. 1º, do Decreto n. 20.910/32) para a proposição da ação de ressarcimento.

91. No entanto, ainda com foco no tema prescrição, cabe uma última observação, para aqueles casos em que deve cumular a ação de ressarcimento ao erário com a de recomposição do dano ambiental. Diante dessa configuração, deve ser adotado o instrumento específico da Ação Civil Pública, perquirindo-se sobre a incidência da prescrição quinquenal própria dessa ação de rito especial, uma vez que a jurisprudência aplica, por analogia, o prazo de 05 anos da ação popular (art. 21, da Lei n. 4.717/1965).<sup>33</sup>

92. Porém, a hipótese de se manejar a ACP com o propósito de ressarcimento ao erário, forçosamente a incluiria no rol das ações imprescritíveis, conforme é o entendimento do STJ:

32 Esse também é o entendimento de Leonardo Carneiro, no seu *A Fazenda Pública em Juízo*, 5. Ed. Pg. 79: "Diante disso, a pretensão de reparação civil contra a Fazenda Pública submete-se ao prazo prescricional de 3 anos, e não à prescrição quinquenal. Aplica-se no particular, o disposto no art. 206, parágrafo 3.º, V, do Código Civil de 2002, não somente do que estabelece o Art. 10 do Decreto n. 20.910/1932, mas também por se tratar de norma posterior. E, como se sabe, a norma posterior, no assunto tratado, revoga a anterior."

33 **PRESCRIÇÃO. AÇÃO CIVIL. DANO. PATRIMÔNIO PÚBLICO.** A ação civil pública foi proposta pelo MP estadual em desfavor do ex-prefeito e de um co-réu diante de ato de improbidade administrativa referente à permuta de imóveis urbanos por outro localizado em zona rural, o que teria causado lesão ao erário e atentaria contra os princípios da Administração Pública. Nesse contexto, o Min. Relator aduziu que tanto a ação civil pública quanto a ação popular pertencem a um mesmo microsistema de tutela a direitos difusos, nos quais se encarta a moralidade administrativa. Assim, frente à falta de previsão legal, é possível, por analogia, utilizar-se o prazo quinquenal referente à prescrição da ação popular para regular a ação civil pública. Dessarte, uma análise dos dispositivos legais atinentes a essa questão (MP n. 2.180-35/2001 e Leis ns. 8.429/1992, 9.494/1997 e 7.347/1985) conduz à conclusão de que o ajuizamento da ação de improbidade em desfavor de agentes públicos eleitos, ocupantes de cargos em comissão ou de função de confiança deve submeter-se ao referido prazo prescricional, cujo termo a quo é o término do mandato ou do exercício funcional (art. 23 da Lei n. 8.429/1992). Por outro lado, anotou o Min. Relator que, no caso, obteve-se aprovação legislativa, o que afasta o elemento subjetivo constante do dolo, de imperiosa presença nos delitos de improbidade. Os Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda acompanharam o Min. Relator apenas quanto à ausência de dolo. Precedentes citados: REsp 890.552-MG, DJ 22/3/2007, e REsp 406.545-SP, DJ 9/12/2002. REsp 727.131-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11/3/2008.

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - IMPROBIDADE - AÇÃO CIVIL RESSARCITÓRIA - IMPRESCRITIBILIDADE.

1. VIOLAÇÃO DO ART.535, CPC. O acórdão não foi omisso, contraditório ou obscuro, havendo analisado os pontos relevantes da demanda. 2. DISTRIBUIÇÃO DAS CARGAS PROBATÓRIAS E PROVA DO DANO. O art. 159, CCB/1916 une-se ao art. 333, I, CPC, para obstar o conhecimento desse capítulo do recurso, porquanto o Tribunal local afirmou os

pressupostos da responsabilidade com base estrita nas provas dos autos. Ir além significa ir de encontro à Súmula 07/STJ.

3. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA. A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível. (REsp 1056256/SP, de minha relatoria, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.12.2008, DJe

4.2.2009). 4. PERMISSIVO “C”. Não pode o recurso ser conhecido no que diz respeito à alínea “c” do permissivo constitucional, uma vez que não-demonstrada a semelhança fática entre os arestos confrontados, deixando o recorrente de realizar o cotejo analítico nos termos regimentais. Ademais, à vista do precedente - REsp 1056256/SP -, não há como se falar em divergência atual, o que torna possível aplicar ao caso a Súmula 83/STJ. Recurso especial conhecido em parte e improvido. RECURSO ESPECIAL Nº 1.056.256 - SP (2008/0103149-7).

93. Enfim, tendo-se em mente uma espécie de escalonamento, deve-se promover a respectiva ação judicial de indenização por usurpação, *preferencialmente*, no prazo trienal, em não sendo possível, no prazo prescricional quinquenal. E, em último caso, superado os prazos anteriores, considerando a imprescritibilidade da ação de ressarcimento pelo dano decorrente do crime de usurpação (§5º, do Art. 37, CF/88), propô-la a qualquer tempo, quer seja por meio da ação civil pública ou através de uma simples ação de ressarcimento de procedimento ordinário.

**E) IMPLICAÇÕES DA CUMULAÇÃO DO PEDIDO DE REPARAÇÃO CIVIL COM O DANO AMBIENTAL:**

94. Neste tópico, parte-se do princípio de que a União tem a competência e a legitimação concorrente para buscar a reparação ambiental, por meio da ação própria, conforme já referido na Nota n. 197/2010.

95. No entanto, cabe avaliar se seria pertinente a cumulação dos pedidos ou não, pois muito embora a intenção primeira do trabalho dos órgãos da PGU seja a busca da reparação econômica do dano decorrente da usurpação, não menos importante é a recomposição do meio ambiente degradado.

96. A partir do disposto no Art. 225, § 2<sup>o</sup><sup>34</sup>, da CF/88, se pode inferir, por premissa básica, que a atividade minerária é degradante do meio ambiente. Desta feita, a interferência no meio ambiente que gerou a sua degradação é passível de recomposição, conforme determinação de órgão técnico competente, na forma da lei.

97. Contudo, dependendo do caso de usurpação mineral em exame, podem-se vislumbrar várias consequências processuais relativas à sua recomposição. Isto porque, só após a verificação, na origem, do termo de autuação encaminhado pelo DNPM, poder-se-á saber se a usurpação mineral teve origem em lavra ilegal (com ou sem autorização de pesquisa), ou, se foi decorrente de lavra ambiciosa.

98. No caso de uma autuação do DNPM ou flagrante da Polícia Federal em área de lavra ambiciosa (na qual houve uma extrapolação da extensão da concessão), já deve existir um projeto prévio de recuperação ambiental da área da lavra, conforme exige a legislação ambiental, o qual deve estar necessariamente incluído no licenciamento do empreendimento.

99. Na hipótese de uma lavra ilegal com autorização de pesquisa ou ambiciosa, a recomposição ambiental deve ser precedida por uma avaliação por parte dos órgãos de proteção ao meio ambiente que acompanham o empreendimento, nas diversas esferas (municipal, estadual ou federal, dependendo da envergadura da exploração), cabendo inclusive a atuação judicial concorrente destes mesmos órgãos ambientais no sentido de se buscar a recomposição ambiental.

100. Outras duas hipóteses seriam a usurpação praticada em lavra com autorização de pesquisa ou sem este título. Nestes dois casos não subsiste um procedimento ambiental prévio de acompanhamento do empreendimento, o que abre a possibilidade do órgão de execução da PGU em buscar uma recomposição ambiental por meio da ação civil pública ambiental, visando assim a recuperação do meio ambiente

34 Art. 225. [...] §2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

degradado, cumulativamente ao respectivo dano econômico proveniente da usurpação.

101. Porém, neste último exemplo, cabe verificar se já há ação civil ambiental proposta pelo Ministério Público Federal. Proposição esta, que, além de tornar desnecessário o pedido de reparação ambiental da União, inclusive pode determinar a participação da União como assistente do MPF na ação por ele proposta.

102. Mas, cabe ainda se perscrutar, nos casos em que a União pode e deve ingressar com a reparação ambiental, se deve fazê-lo numa única ação com cumulação de pedidos (dano econômico e ambiental), ou, por intermédio de duas ações: uma ação ordinária visando ao ressarcimento econômico e outra, ambiental.

e.1) em favor da cumulação, mesmo que não se possa fazer um pedido certo quanto à reparação do dano ambiental, pode-se ainda pedir o ressarcimento quanto ao dano ao bem público usurpado, obtendo-se em alguns casos até o bloqueio de bens necessários à satisfação do crédito;

e.2) em favor da propositura em ações diversas, de início, ressalta-se a inexistência de prejudicialidade entre os pedidos. Pois, tendo-se se como fato inquestionável a materialidade que produziu o dano econômico e ambiental, ambas as reparações são independentes, pois seguem princípios e lógica diversos na avaliação e quantificação dos danos;

103. Se para a reparação econômica importa a avaliação da riqueza mineral de expressão econômica que fora extraída do local da lavra, com a aferição feita pelos técnicos do DNPM, para os objetivos da pretensão reparatória ambiental, importa saber, através dos laudos dos técnicos ambientais, qual o dano ambiental diretamente gerado pela exploração ilegal da jazida.

104. Neste passo, entende-se que a análise comporta resolução objetiva. Se o órgão de execução da PGU, superadas as ponderações acima indicadas, está diante de uma situação na qual é possível o ajuizamento por parte da União da ação civil pública ambiental por dano decorrente de lavra ilegal, nada mais plausível que, reforçando a escolha da ACP, seja cumulado ao pedido de ressarcimento de dano econômico.

105. Em quaisquer dos casos, a opção ou não pela concentração dos pedidos a serem formulados pela União, não impede que se elabore uma liminar de bloqueio de bens, haja vista a liquidez do dano econômico na maioria dos casos. Postergando-se a avaliação da recomposição ambiental para a fase instrutória ou para a fase de execução da sentença.

106. Enfim, muito embora a ACP promovida legitimamente pela União visando à reparação do dano econômico independa da cumulação com o dano ambiental, tal investigação preliminar se mostra positiva, pois a eventual cumulação valoriza a opção pelo instrumento da Ação Civil Pública.

#### **F) INCENTIVO À PROPOSIÇÃO DA ACP COM O FITO DE UTILIZAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TAC:**

107. Outro fator preponderante pela opção da Ação Civil Pública de ressarcimento por dano causado pelo usurpador de riqueza mineral pertencente à União e, portanto, ao povo brasileiro, seria a utilização do Termo de Ajustamento de Conduta, como uma forma de composição dos danos econômicos, inclusive com a inclusão de cláusula referente ao parcelamento do débito, conforme as orientações e prescrições do normativo específico da AGU (Portaria n. 690, de 20/05/2009) e pela PGU (OS n. 13 de 09/10/2009, com as alterações previstas na OS de n. 18 de 07/12/2011).

108. Pode-se inclusive, se antever a seguinte situação: quando a ACP estiver suficientemente madura para a celebração de um TAC tão somente quanto à parte do dano econômico. Neste caso, quanto ao pedido ambiental, pode-se, através de uma obrigação de fazer, incluir determinação para que o usurpador se comprometa a adotar as medidas necessárias, devidamente fixadas num programa de recuperação ambiental de área degradada.

#### **IV - CONCLUSÕES**

109. Diante do exposto, conclui-se:

- i - a certeza irretorquível de que toda riqueza mineral que se encontra no solo e subsolo dos limites territoriais brasileiros é bem público da União, devendo a Procuradoria-Geral da União adotar as medidas administrativas e judiciais necessárias visando a recomposição do seu patrimônio usurpado;

- ii - a usurpação mineral é uma extração ilegal de minério, que pode ocorrer de forma ilícita ou abusiva, causadora de dano econômico ao patrimônio da União (art. 186 e 927 do CCB<sup>35</sup>);
- iii – ratificação e complementação das manifestações anteriores da PGU sobre o tema Nota n. 322/2006/LMWP/DEJAP/PGU/AGU e Nota n. 197/2010/DNM/DPP/PGU/AGU, com a reafirmação da Ação Civil Pública e da utilização do TAC como instrumentos preferenciais para se pleitear a recomposição econômica do dano;
- iv – limitação da definição do dano ao minério que foi autorizado, concedido ou usurpado clandestinamente, podendo-se incluir o “resíduo” como subproduto da lavra, tão somente naqueles casos em que ficar caracterizado a obtenção de ganho econômico relevante desta parcela da exploração;
- v - critério de aferição da extensão do dano e do parâmetro de cálculo pelo *valor de mercado* do minério usurpado, o qual mais se adequa à pretensão judicial de ressarcimento pelo enriquecimento ilícito obtido pelo usurpador, de acordo com o princípio da indenização mais ampla possível;
- vi – análise cautelosa da aferição dos prazos prescricionais, proposição da ação de ressarcimento preferencialmente dentro do período de 03 anos CCB – 2002, Art. 206, 3º, inciso V, ou, não sendo possível o atendimento deste prazo, deve-se propor a ação dentro do prazo prescricivo quinquenal, previsto no Art. 1º do Decreto nº 20.910/32, e, num último caso em qualquer tempo, haja vista a imprescricibilidade da ação de ressarcimento de dano ao erário (§5º, Art. 37 da CF/88);
- vii - possibilidade da cumulação do pedido de ressarcimento econômico com dano ambiental por meio de perícia do órgão ambiental competente, sempre que possível, desde que não haja ação reparatória ambiental promovida pelo Ministério Público decorrente do mesmo dano;

---

35 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. [...]  
Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. [...]



- viii - depósito do valor da condenação ou das parcelas do TAC ou acordo na Conta Única do Tesouro;
- ix - possibilidade de sempre se acionar solidariamente o proprietário da superfície onde ocorreu a lavra quando comprovada a sua omissão (Art. 186, CCB) e não for identificado o usurpador;
- x - inexistência de previsão constitucional que garanta aos entes públicos o direito de participação no resultado da lavra na condição de proprietária do solo (propriedade superficiária);

110. Ao final, após aprovação deste Parecer, sugiro a adoção dos seguintes encaminhamentos:

- a. envio de cópia do presente parecer a todos os órgãos de execução da PGU via e-mail circular para que possam tomar conhecimento da mesma e adotar as providências necessárias objetivando a sua implementação, dentro do espaço de autonomia técnica reservado à análise de cada caso com potencial para se propor a ação civil pública de ressarcimento por dano ao erário por usurpação da riqueza mineral;
- b. envio de cópia do Parecer, por ofício, para conhecimento e providências que entender necessárias: ao DNPM e, ao Ministério das Minas e Energia.

Submeto enfim à consideração,

Adriano Martins de Paiva  
Advogado da União



# O PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO E O SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS BENS ARQUEOLÓGICOS

*THE BRAZILIAN CULTURAL HERITAGE AND THE  
ARCHAEOLOGICAL SITES PROTECTION SYSTEM*

*Genésia Marta Alves Camelo*

*Procuradora Federal em exercício na Procuradoria Federal junto ao Instituto do  
Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (PF/IPHAN)  
Especialista em Direito Público pela UCAM  
graduada em Direito pela PUC/MG*

*Geraldo de Azevedo Maia Neto*

*Procurador Federal  
Procurador-chefe da Procuradoria Federal junto ao Instituto do Patrimônio  
Histórico e Artístico Nacional (PF/IPHAN)  
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)  
graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Do tombamento; 2 Do sistema de proteção de bens arqueológicos; 3 Da decisão judicial que reconheceu que os bens arqueológicos se encontram juridicamente tutelados, na forma preconizada pela Lei n.º 3.924/61, independentemente do tombamento; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho trata da confusão entre os regimes jurídicos do tombamento e o estabelecido pela Lei n.º 3.924/61 para a proteção dos bens arqueológicos. O enfoque será dado a partir da análise da sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Acre na Ação Civil Pública nº 1626-90.2012.4.01.3000.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tombamento. Lei nº 3.924/61. Proteção Jurídica. Patrimônio Arqueológico.

**ABSTRACT:** This work deals with the confusion between legal regimes and the *tipping* established by Law nº 3.924/61 for the protection of archaeological property. The focus will be given from the analysis of the sentence pronounced by judge of 1<sup>st</sup> Federal Judicial Section of Acre in the Public Civil Action nº 1626-90.2012.4.01.3000.

**KEYWORDS:** *Tipping*. Law nº 3.924/61. Legal Protection. Archaeological Property.

## INTRODUÇÃO

O patrimônio cultural brasileiro, de acordo com o art. 216 da Constituição, é constituído pelos bens materiais e imateriais, que fazem referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Ainda nos termos do art. 216 da Constituição, incluem-se dentre esses bens as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Nota-se que o texto constitucional avançou na definição da cultura e, mais especificamente, do patrimônio cultural, ao superar a “fase da excepcionalidade”<sup>1</sup> ou a sua dimensão meramente monumentalizada<sup>2</sup>, e consolidou a reconformação do perfil da política patrimonial iniciado na década de 70 com o Centro Nacional de Referência Cultural, criado em 1975<sup>3</sup>. Assim, a ampliação do conceito de patrimônio cultural, com a incorporação de sua dimensão de processo social e a consequente apropriação também dos bens culturais imateriais, contemplou o reconhecimento (e a necessidade de proteção) da diversidade cultural brasileira.

Como registrou Carlos Frederico Marés<sup>4</sup>:

a relevância e a importância que vem assumindo a preservação destes bens se pode medir exatamente pela evolução de seus institutos,

1 Ou seja, para um bem integrar o patrimônio cultural brasileiro, era preciso que a arquitetura e à crítica de arte lhe atribuísem elevado valor estético, que contava com referencial eurocêntrico (OLIVEIRA, Thiago Pires. Raízes históricas da proteção jurídica ao patrimônio cultural no Brasil. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Ano 11, n. 62. mar./abr. 2012. Versão digital)

2 Nesse sentido, a crítica de Maria Coeli Simões Pires (Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Ano 7, n. 42. nov./dez. 2008. Versão digital): “Pelo caráter restrito do próprio conceito de patrimônio cultural adotado, pelo traço elitista das representações, ditas nacionais, e pela exclusão das diferenças, a conformação do patrimônio não deixava de ser uma artificialização segregadora, já que os bens que o integravam eram, ao mesmo tempo, materialidade e idealização, num sistema de representação oficial hegemônica, e, portanto, alheio à própria dimensão social do processo de cultura.”

3 PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Ano 7, n. 42. nov./dez. 2008. Versão digital.

4 MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 2. jan. 1993. p. 20.

e esta evolução vem se dando no Brasil a partir de formulações constitucionais, isto é, os conceitos de preservação cultural estão cada vez mais inseridos diretamente na Constituição, a ponto da Carta de 1988 consagrar não apenas o princípio da preservação cultural, mas estabelecer com relativa precisão o alcance e os limites dessa preservação.

Além desse novo conceito de cultura acolhido no texto constitucional, este também trouxe explícita divisão de competência administrativa e legislativa entre os entes federativos para cuidar do tema, repartição essa que deixa clara a necessidade de colaboração entre os entes federativos para proteger e promover o patrimônio cultural. Neste sentido, é competência comum da União, Estados e Municípios proteger, divulgar e fomentar a cultura (Constituição, art. 23, incisos III, IV e V). A respectiva competência legislativa, por sua vez, é concorrente entre União e Estados (art. 24, incisos VII e IX). Além de competência material comum e legislativa, concorrente, também é dever de toda a comunidade promover e proteger a cultura brasileira (art. 216, § 1º).

Dentre as diversas instituições públicas encarregadas da proteção, divulgação e fomento da cultura nos 03 (três) níveis de governo, destaca-se o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), autarquia federal criada pela Lei n.º 378, de 1937, e responsável por promover a identificação, a documentação, o reconhecimento, o cadastramento, o tombamento e o registro do patrimônio cultural brasileiro; promover a salvaguarda, a conservação, a restauração e a revitalização do patrimônio cultural protegido pela União; e promover e estimular a difusão do patrimônio cultural brasileiro, visando a sua preservação e apropriação social.

Destacam-se entre as agendas sob a tutela do IPHAN as relativas ao tombamento de bens móveis e imóveis (Decreto-Lei n.º 25/1937), o registro de bens imateriais (Decreto n.º 3.551/2000), o controle da saída de obras de arte para o exterior (Decreto-Lei n.º 25/1937 e Lei n.º 4.845/1965) e a proteção dos bens arqueológicos (Lei n.º 3.924/1961). Cada uma dessas agendas, na verdade, é apenas um instrumento para a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, finalidade que deverá ser atingida, segundo o art. 216, § 1º, da Constituição, com a “colaboração da comunidade”, “por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

Cada um desses instrumentos existe por um propósito específico, e tem sua aplicabilidade adstrita a determinados requisitos, sob pena de ineficácia da proteção do patrimônio cultural. É como na medicina: há um remédio determinado para cada doença. O uso do medicamento equivocado, na área da saúde como na área da cultura, além de não trazer a cura pode agravar o problema. O presente artigo irá analisar justamente o equívoco conceitual de representante do Ministério Público Federal no Acre, que pretendeu submeter os sítios arqueológicos ao regime jurídico do tombamento.

Assim, será analisado o caso da ação civil pública n.º 1626-90.2012.4.01.3000, ajuizada pelo Ministério Público Federal junto à Subseção da Justiça Federal no Acre. Para tanto, serão analisados os regimes jurídicos próprios do tombamento e dos sítios arqueológicos, com a conseqüente demonstração da confusão conceitual levada a cabo pelo representante do MPF no Acre, conforme reconhecido na referida sentença.

## 1 DO TOMBAMENTO

O tombamento foi instituído pelo Decreto-lei n.º 25/1937, com o objetivo de proteger o patrimônio histórico e artístico nacional, composto pelo conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país, “e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil” (art. 1º). A Constituição de 1988, como visto, expressamente se refere ao instituto do tombamento, ao dispor que o poder público promoverá e protegerá o patrimônio cultural por meio do tombamento, entre outras formas acautelamento (art. 216, § 1º).

Apesar de o instituto já contar com mais de 70 (setenta) anos de existência no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina não apresenta resposta pacífica para a sua natureza jurídica. Os autores se dividem em considerar o tombamento como servidão administrativa, limitação administrativa ou espécie autônoma de intervenção do Estado na propriedade. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>5</sup>, por exemplo, defende a tese de que o tombamento é uma espécie de servidão administrativa. Noutra posição está, também exemplificativamente, Themistocles Cavalcanti<sup>6</sup>, ao equiparar o tombamento às limitações administrativas. Alinha-se aqui com a tese de José Maria Pinheiro

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. Malheiros, 2009. p. 899.

6 CAVALCANTE, Themistocles. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. Freitas Bastos, 1956. p. 146.

Madeira<sup>7</sup>, que afasta a identificação do tombamento com os demais institutos:

No que toca ao primeiro posicionamento, que trata do tombamento como verdadeira servidão administrativa, é de se considerar que aquele não confere direito real incidente sobre o poder de uso da propriedade atingida à Administração Pública. [...] Em relação ao segundo posicionamento, que trata do tombamento como limitação administrativa, é de se verificar que esta é necessariamente genérica e abstrata, atingindo bens indeterminados, enquanto o tombamento, ao contrário, é intervenção concreta, dirigida a um ou mais bens determinados.

Na verdade, ainda segundo o referido autor<sup>8</sup>, o tombamento é mais uma espécie, autônoma, de intervenção do Estado na propriedade, que incide sobre propriedade determinada, tal como se dá com o instituto da servidão administrativa, todavia sem conferir para o Estado direito real incidente sobre o poder de uso da propriedade. No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho<sup>9</sup> advoga que não se trata de limitação ou servidão, mas sim de “instrumento de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada”.

Superada a questão conceitual relativa à natureza jurídica do instituto, e fixado seu caráter autônomo como intervenção do Estado, é preciso indicar no que consiste essa espécie de intervenção. O Decreto-Lei n.º 25/1937 traz, entre outras disposições, os efeitos do tombamento. O referido ato normativo prevê que os bens tombados da União, dos Estados e dos Municípios apenas podem ser alienados de uma a outra dessas entidades, de maneira que sua venda, apesar de restrita, é possível. No mesmo sentido, os bens tombados de propriedade particular também podem ser alienados, mas ao proprietário é imposta a obrigação de comunicar a transferência no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa. Ademais, neste último caso, haverá direito de preferência para a União, os Estados e os municípios. Ainda em relação ao seu regime diferenciado, a coisa tombada não pode sair do país, salvo por curto prazo e para fim de intercâmbio cultural, após autorização do IPHAN.

7 MADEIRA, José Maria Pinheiro. Institutos afins à desapropriação. *Fórum Administrativo*, ano 8, n. 91, set. 2008. Versão digital.

8 MADEIRA, op. cit.

9 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Lumen Juris, 2006. p. 652.



Mas os principais efeitos do tombamento sobre o bem tombado e sobre o seu entorno estão previstos nos arts. 17 e 18 do Decreto-Lei:

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Ou seja, o tombamento constitui para o proprietário obrigação de fazer (manutenção e restauro do bem) e de não fazer (não destruir ou mutilar), sob a fiscalização do IPHAN. Para os imóveis do entorno do bem tombado, é criada uma obrigação de não fazer, que consiste em garantir a visibilidade do imóvel protegido pelo tombamento. Trata-se, portanto, de um instituto que visa a preservação do bem para a atual e para as futuras gerações, como marco de referência cultural, sem possibilidade de destruição do imóvel tombado. Ao contrário, o Decreto-Lei prevê multa para o caso de dano ao bem tombado, e a Lei n. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) tipifica essa conduta como crime (arts. 62 e 63).

## 2 DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DE BENS ARQUEOLÓGICOS

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, institui quais bens constituem o patrimônio cultural brasileiro, no qual estão incluídos os sítios de valor arqueológico. Vejamos:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...]

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (Grifo nosso)

Ademais, a Carta Magna, no art. 20, inciso X, expressamente prevê que os sítios arqueológicos são bens da União:

Art. 20. São bens da União:

[...]

X - *as cavidades naturais subterrâneas* e os sítios arqueológicos e pré-históricos; (Grifo nosso)

Por sua vez, impende enfatizar que a Lei n.º 3.924, de 1961, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos, conferindo-lhes a devida tutela, conforme se depreende da análise dos dispositivos a seguir transcritos:

Art. 1º Os monumentos arqueológicos ou pré-históricos de qualquer natureza existentes no território nacional e todos os elementos que neles se encontram ficam sob a guarda e proteção do Poder Público, de acordo com o que estabelece o art. 175 da Constituição Federal.

[...]

*Art 2º Consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos:*

- a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente.
- b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha;
- c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, «estações» e «cerâmicos», nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;
- d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios.

Art. 3º São proibidos em todo o território nacional o aproveitamento econômico, a destruição ou mutilação, para qualquer fim, das jazidas arqueológicas ou pré-históricas conhecidas como sambaquis, casqueiros, concheiros, berbigueiros ou sernambis, e bem assim dos sítios, inscrições e objetos enumerados nas alíneas b, c e d do artigo anterior, antes de serem devidamente pesquisados, respeitadas as concessões anteriores e não caducas.

[...]

Art. 5º - Qualquer ato que importe na destruição ou mutilação dos monumentos a que se refere o art. 2º desta lei, será considerado crime contra o Patrimônio Nacional e, como tal, punível de acordo com o disposto nas leis penais.

[...]

Art. 22 – O aproveitamento econômico das jazidas, objeto desta lei, poderá ser realizado na forma e nas condições prescritas pelo Código de Minas, uma vez concluída a sua exploração científica, mediante parecer favorável da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional ou de órgão oficial autorizado.

Parágrafo Único – de todas as jazidas, será preservada sempre que possível ou conveniente, uma parte significativa, a ser protegida pelos meios convenientes como blocos testemunhos.

[...]

Art. 27 – A Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional manterá um cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil, no qual serão registradas todas as jazidas manifestadas, de acordo como o disposto nesta lei, bem como das que se tornarem conhecidas por qualquer via.

Aqui, destaca-se a pesquisa arqueológica, fonte de conhecimento científico, a ser apropriado por toda a comunidade, integrante do que se convencionou chamar de arqueologia preventiva e de salvamento. Desta decorre a identificação, o estudo e o cadastramento de sítios arqueológicos, o que se constitui em registro científico do patrimônio valorado, contribuindo para a formação da memória e da identidade coletiva.

Como é cediço, a Lei n.º 3.924/1961, em especial o art. 27, instituiu o Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos (CNSA), implementado pelo IPHAN, estando cadastrados todos os sítios identificados pelas pesquisas arqueológicas.

Sobre o tema, e para regulamentar a referida lei, o IPHAN editou a Portaria n.º 07, de 1988, que dispõe sobre os pedidos de autorização e permissão prévia quando do desenvolvimento de pesquisas de campo e escavações arqueológicas. No mesmo sentido, o IPHAN também editou a Portaria n.º 230, de 2002, que estabelece os procedimentos necessários à comunicação prévia, às permissões e às autorizações para pesquisas e escavações arqueológicas em sítios arqueológicos e pré-históricos.

Neste particular, se mostra salutar trazer à colação trecho da Carta de Nova Delhi, que trata da Recomendação que define os princípios internacionais a serem aplicados em matéria de pesquisas arqueológicas (Conferência Geral da Unesco – 9ª Sessão, Nova Delhi, 05 de dezembro de 1956), *verbis*:

#### BENS PROTEGIDOS

2. As disposições da presente recomendação se aplicam a qualquer vestígio cuja conservação apresente um interesse público do ponto de vista da história ou da arte, podendo cada Estado-membro adotar o critério mais apropriado para determinar o interesse público dos vestígios que encontre em seu território. Deveriam estar, principalmente, submetidos ao regime previsto pela presente recomendação os monumentos, móveis ou imóveis, que apresentem interesse do ponto de vista da arqueologia no sentido mais amplo.

Infere-se, assim, a existência de um verdadeiro sistema de proteção dos bens arqueológicos enquanto objeto de referência de uma consciência coletiva. De fato, as particularidades inerentes ao patrimônio arqueológico requerem um modelo de proteção jurídica específico.

Como exemplo digno de nota de um modelo próprio para a proteção de bens arqueológicos no direito comparado, tem-se o estabelecido pelo direito português<sup>10</sup>:

10 MARTINS, Ana Margarida Nunes. *A Proteção do Patrimônio Arqueológico*: proteger o quê, como e porquê. Reflexões a partir do direito do patrimônio cultural e do ambiente. Trabalho apresentado no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural 2009/2010.

Nesta reflexividade, a problemática relativa ao que é conhecer em Arqueologia, até onde pode ir o discurso arqueológico na sua pretensão de falar sobre o Homem através das suas materialidades, ou, a possibilidade de reunir várias versões do passado, deve ligar-se igualmente, a outra questão (central neste trabalho) que é discutir a protecção legal desse objecto de estudo, que é o património arqueológico, ou se quisermos os bens arqueológicos. De que meios dispomos para proteger legalmente esses bens arqueológicos?

Embora tratando-se de um conceito exterior ao Direito, uma noção extra-jurídica portanto, a doutrina jurídica não deixou de prestar atenção aos bens arqueológicos. Com efeito, surgiram noções jurídicas de bens arqueológicos, prescritas, tanto em Convenções Internacionais como nas diversas legislações dos Estados<sup>19</sup>.

Na legislação portuguesa, destacamos, a partir da segunda metade do século XX, a Portaria 269/78, de 12 de Maio, relativa ao regulamento de trabalhos arqueológicos e, sobretudo, a Lei nº13/85 de 6 de Julho que consagrou um regime específico para o património arqueológico, nos termos dos artigos 36º e seguintes. O Decreto-Lei nº117/97 de 14 de Maio, que cria o Instituto Português de Arqueologia (IPA), refere, tanto a expressão “*bens de natureza arqueológica*” (alínea c do artigo 2º) como “*bens arqueológicos*” (alínea f do artigo 2º). Não admira assim que a expressão se mantenha na actual LPC.

### **3 DA DECISÃO JUDICIAL QUE RECONHECEU QUE OS BENS ARQUEOLÓGICOS SE ENCONTRAM JURIDICAMENTE TUTELADOS, NA FORMA PRECONIZADA PELA LEI N.º 3.924/61, INDEPENDENTEMENTE DO TOMBAMENTO**

Extrai-se do conteúdo da petição inicial da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal em face do IPHAN, perante a 1ª Vara da Seção Judiciário do Estado do Acre (processo nº 1626-90.2012.4.01.3000), substancial confusão entre os regimes jurídicos do tombamento e o estabelecido pela Lei n.º 3.924/61.

A referida Ação Civil Pública foi proposta com a finalidade de se obter provimento jurisdicional capaz de obrigar o IPHAN a concluir, em prazo razoável a ser determinado pelo juízo, o processo administrativo nº

---

Faculdade de Direito de Lisboa. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Julho de 2010. Disponível em:  
<<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/663-1094.pdf>>. Acesso em 14 fev. 02 2013

01410.000094/2007-32, promovendo a correta identificação, delimitação e tombamento dos sítios arqueológicos conhecidos como “geoglifos”, localizados no Estado do Acre.

Observa-se, consoante trecho da petição inicial a seguir transcrito, que o representante do Ministério Público Federal reputa indispensável o tombamento de qualquer bem cultural, inclusive de sítio arqueológico, para a definição do regime jurídico de uso e gozo de tais bens.

Em plena compatibilidade com a normatização internacional sobre o tema e com o comando constitucional, a legislação brasileira também determina expressamente a proteção dos sítios arqueológicos pelo Poder Público. Este é o teor da lei 3.924/61.

[...] Por força constitucional e legal, independentemente de qualquer ato declaratório do Poder Público, todo indivíduo tem o dever jurídico de não agredir ou fazer mau uso de sítio arqueológico. Ocorre que esta obrigação é um dever genérico que precisa ser concretizado, especificado pela autoridade pública. Esta, em nome do Poder Público, deve definir o regime jurídico específico de gozo do bem cultural. No Brasil essa definição do regime jurídico de uso e gozo de um bem cultural deve ser definido por meio de seu tombamento, que é ato previsto na própria Constituição da República (art. 216, já citado) e, entre outros documentos legais, no Decreto-lei 25/37.

[...] Como bem podemos verificar, os geoglifos, por configurarem sítios arqueológicos, são bens da União. Porém, em geral, eles se inserem dentro de imóveis particulares, fazendas; são, logo, bens públicos federais dentro de bens particulares. Ainda que sua gestão possa ser feita por órgãos federais, compete aos particulares também zelar para que tais sítios arqueológicos não pereçam em razão de uso privado. Para saber, logo, sobre o que pode ser feito na área de impacto do sítio arqueológico, ou mesmo a fim de melhor identificá-lo e delimitá-lo, faz-se necessário o tombamento do geoglifo com a ciência do proprietário do imóvel rural em que ele está encravado.

Com muita propriedade, o MM. Juiz da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Acre, em sede de sentença, datada de 20 de novembro de 2012, sintetizou a causa de pedir da demanda proposta pelo *parquet*:

Aqui, chega-se à conclusão de que a causa de pedir da qual parto era somente aparentemente divergente da qual parte o MPF. Assim, o

delineamento da causa de pedir acima feito é também a desenhada pelo autor: *deve haver tombamento, pois sua inexistência acarreta a desproteção dos geoglifos. Mais especificamente, a causa de pedir diz respeito à desproteção dos geoglifos.* (grifos nossos)

No entanto, equivoca-se o Ministério Público Federal ao supor que os sítios arqueológicos estariam juridicamente desprotegidos, uma vez não efetivado o tombamento. Passemos, pois, à análise da sentença proferida na mencionada Ação Civil Pública que extinguiu o processo, sem exame de mérito, por entender que sequer assistia ao autor o interesse de agir, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Ressalve-se, contudo, que não obstante a sentença tenha extinguido o processo sem julgamento de mérito, nela foi integralmente acolhida a tese de defesa do IPHAN desenvolvida pela Advocacia-Geral da União, ao se reconhecer que os sítios arqueológicos se encontram sob a tutela da Lei n.º 3.924/1961, independentemente do seu tombamento, consoante se depreende de trechos da decisão judicial a seguir transcritos:

[...] Uma demorada incursão na pretensão, por óbvio, não deixa dúvida de que mesmo o direito à razoável duração do processo, deduzido pelo Parquet, deve ter como causa algum fato da vida. Do contrário, não surgiria relação jurídica alguma entre o autor e o réu, da qual adviria sua pretensão. O fato jurídico é elemento indispensável à concretização da relação jurídica. *“A relação jurídica tem como pressuposto um fato que adquire significação jurídica se a lei o tem como idôneo à produção de determinados efeitos, estatuídos ou tutelados”*. E o fato da vida é o transcurso de um tempo irrazoável, segundo o Parquet. Segundo seu sentir (uso tal verbo consciente de seu significado), o prazo é irrazoável, tanto que deixa ao alvedrio do juízo a determinação da razoabilidade dele.

Ao fim desta incursão na causa da exigibilidade de seu direito à razoável duração do processo, segundo o entendimento do MPF, não posso deixar de deduzir que a irrazoabilidade do prazo venha de uma causa, haja vista a inexistência de prazo para conclusão do processo de tombamento e o pressuposto de que as declarações do autor são realmente queridas. Este pressuposto não é somente uma declaração extravagante. Como o tempo é relativo, a alegação de demora no procedimento deve ter relação com alguma situação que demande um tempo não compatível com o adotado pelo Iphan. E a situação que não comporta o tempo do procedimento, já disse o MPF na inicial, é

justamente o comprometimento da proteção adequada desses sítios arqueológicos, “*o que representa ofensa ao patrimônio cultural brasileiro e ao direito humano por fundamento correlato*” (fl. 18 da inicial).

Aqui, chega-se à conclusão de que a causa de pedir da qual parto era somente aparentemente divergente da qual parte o MPF. Assim, o delineamento da causa de pedir acima feito é também a desenhada pelo autor: deve haver tombamento, pois sua inexistência acarreta a desproteção dos geoglifos. Mais especificamente, a causa de pedir diz respeito à desproteção dos geoglifos.

Com olhos nela, portanto, será analisada o preenchimento da condição da ação que o Iphan reputa inexistente.

Então, surge a questão fundamental: sem o tombamento, os geoglifos estão desprotegidos? A Lei 3924/1961 disciplina:

Art. 2º Consideram-se os monumentos arqueológicos ou pré-históricos:

[...]

c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, “estações” e “cerâmicos”, nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;

[...]

Art. 3º São proibidos em todo o território nacional, o aproveitamento econômico, a destruição ou mutilação, para qualquer fim, das jazidas arqueológicas ou pré-históricas conhecidas como sambaquis, casqueiros, concheiros, birbigueiras ou sernambis, e bem assim dos sítios, inscrições e objetos enumerados nas alíneas b, c e d do artigo anterior, antes de serem devidamente pesquisados, respeitadas as concessões anteriores e não caducas.

É o caso dos geoglifos. Já há norma a protegê-los. Segundo o material informativo, que ora determino a juntada aos autos, divulgado pelo Iphan, geoglifos são “remanescentes de gigantescas construções de terra feitas pelos povos nativos que habitavam o Acre, sul do Amazonas, oeste de Rondônia e a vizinha Bolívia há 2 ou 3 mil anos.



Eram locais de encontro, realização de rituais religiosos, festas e, ocasionalmente, moradia”. Tal conceito subsume-se à alínea “c” do art. 2º da lei por último citada.

[...] Uma pesquisa no Cadastro nacional de sítios Arqueológicos dá conta que no Estado do Acre todos os geoglifos conhecidos pelo Iphan (e não todos os geoglifos do Estado do Acre, por óbvio) estão cadastrados ([http://www.iphan.gov.br/sgpa/cnsa\\_resultado.php](http://www.iphan.gov.br/sgpa/cnsa_resultado.php)).

Finalmente, se há a justa preocupação com a desproteção de tais monumentos arqueológicos, esta não é causada pela ausência de tombamento, como parece estar claro, mas pela ineficiência no exercício do poder de polícia (através da necessidade de licenciamento ambiental para atividades que possam vir a causar degradação ambiental) de todos os obrigados na preservação de ditos monumento, além da ausência de efetiva educação ambiental da população.

[...] Por tudo quanto foi exposto, concluo que, a despeito de ser impossível delimitar um prazo para o término do procedimento de tombamento, que envolve a busca do conhecimento necessário de tais monumentos, já há a proteção de tais geoglifos, como exposto.

Portanto, se a causa de pedir circunscreve-se à desproteção experimentada pelos geoglifos em razão da ausência de tombamento, viu-se que isso não condiz com o ordenamento jurídico e nem com a atuação que vem desenvolvendo o Iphan no sentido de sua proteção.

De fato, a proteção dos sítios arqueológicos independe da efetivação do tombamento, sendo conferida pela Lei n.º 3.924/61. Não há previsão na Constituição, ou mesmo em lei, de que o tombamento é o único mecanismo capaz de instituir regime jurídico protetivo de bem cultural, de natureza arqueológica ou não.

É preciso assentar que a Lei n.º 3.924/61 não institui mero dever genérico de proteção, não dependendo para a sua efetivação de qualquer ato administrativo a ser concretizado pelo Poder Público. Com efeito, a Lei n.º 3.924/61 estabelece regime jurídico protetivo de sítios arqueológicos, proibindo a sua destruição ou mutilação, antes de serem devidamente pesquisados, além de condicionar o aproveitamento econômico das jazidas e as escavações arqueológicas ou pré-históricas à prévia autorização do IPHAN, instituindo, ainda, sanção penal e/ou administrativa.

Importante divisar que o instituto do tombamento tem por finalidade a conservação e preservação do bem tombado, ao passo que nos casos de sítios arqueológicos admite-se a sua destruição, pois o próprio estudo arqueológico (e eventual resgate) importa também em destruição. Assim, quando se trata de patrimônio arqueológico, certamente, almeja-se a produção de conhecimento científico, sacrificando, em alguns casos, o próprio bem.

Isso ocorre porque a fruição do conhecimento científico a ser perquirido através das pesquisas arqueológicas é incompatível, na maioria das vezes, com a imutabilidade e a conservação integral da estrutura do bem, finalidade primordial do tombamento. Note-se que o tombamento dos sítios arqueológicos inviabilizaria a realização da pesquisa arqueológica, prevista na Lei n.º 3.924/61.

Com efeito, no caso dos sítios arqueológicos, o tombamento seria impeditivo da produção de conhecimento científico, impedindo que as gerações futuras tenham acesso ao conhecimento teoricamente produzido com a pesquisa destas estruturas. Portanto, a geração de conhecimento e informação são particularidades relacionadas ao patrimônio arqueológico que justificam a instituição de regime jurídico diferenciado, objeto da Lei n.º 3.924/61. Nessa perspectiva, o arqueólogo Carlos Xavier de Azevedo Netto<sup>11</sup> destaca a informação como importante instrumento de preservação do patrimônio arqueológico:

Estamos vivendo a era da explosão do patrimônio (DODEBEI, 2007), como forma de delimitação de identidades e memórias. Os processos de preservação cultural e o arqueológico de modo mais contundente demandam uma série de questionamentos que implicam esclarecer quais patrimônios devem ser preservados, quem escolhe quais serão preservados e para quem é necessária essa preservação? E como todo questionamento complexo, tem a mesma complexidade como resposta. Para iniciar essa discussão, deve-se ter em mente que o principal instrumento de preservação que se pode dispor é a informação quanto ao patrimônio arqueológico. (grifos nossos)

11 NETTO, Carlos Xavier de Azevedo. *Preservação do Patrimônio Arqueológico – reflexões através do registro e transferência da informação*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v37n3/v37n3a01.pdf>>. Acesso em: dez. 2008

[...] Assim, a preservação do patrimônio arqueológico pode ser efetivada quando se promoverem ações que façam com que a comunidade se aproprie desses bens como maços de sua memória e identidade, mesmo que focada no território. Para tanto, esses grupos devem ser motivados a abandonar uma postura passiva no processo de transferência da informação, passando a um papel ativo, de ator, em que, além da informação transferida pelos pesquisadores, eles constroem as referências de significação dessa informação. E essas mudanças posturais só são desencadeadas com uma metodologia própria que faça com que os atores sociais partilhem as informações patrimoniais e construam seus significados, permitindo a sua interlocução.

Merece destaque, também, o trecho da decisão que enfatiza a desnecessidade do tombamento dos sítios arqueológicos para sua tutela penal:

É de se apontar a existência de tutela penal para os monumentos cujo tombamento pretende o autor: Lei 9605/1998, art. 63 e 64:

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concebida:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Muito bem lembra o Iphan da desnecessidade de qualquer tombamento para incidência da proteção penal, bastando o reconhecimento por quem de direito da natureza de sítio arqueológico do monumento. Nesse sentido, é a lição lembrada pelo Iphan:

[...] para a identificação oficial do bem arqueológico mister se faz, pelo menos, o seu cadastro pelo órgão competente. Com efeito, a

Lei 3.924, de 26 de julho de 1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos, determina em seu art. 27 a criação e manutenção pela Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional de um cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil. Gerenciado atualmente pelo Instituto Histórico e Artístico Nacional, o Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos conta em sua base de dados com mais de 20.000 sítios registrados em todo o país.

As decisões judiciais mais recentes, harmonizadas com o espírito protecionista da nova Carta Constitucional, já se manifestam no sentido de que basta o registro de um sítio arqueológico no cadastro do IPHAN para que o mesmo seja merecedor da proteção jurídica dispensada ao patrimônio cultural brasileiro, conforme se extrai do seguinte aresto:

Pela regra constitucional em vigor, há várias formas pelas quais o Poder Público promoverá a proteção do patrimônio cultural brasileiro, e o tombamento é apenas uma das formas. O regime dos sambaquis é estabelecido pela Lei nº 3.924/61 que, em seu art. 27, determina a manutenção de um Cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil, pelo Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. No caso em exame, o “Sambaqui da Barra da Lagoa” está devidamente cadastrado no SPHAN. 5. A apelante não é proprietária, nem do terreno, que é de marinha (CF, art. 20, X). Evidentemente que, mesmo que o fosse tal situação jurídica não lhe conferiria o direito de destruir o sítio arqueológico em questão.” (TRF 4ª R. – AC 95.04.33492-0 – SC 3ª T. – Relª. Juíza Luiza Dias Cassales – DJU 18.11.1998 – p. 645)

No mesmo sentido, Marcos Paulo de Souza Miranda<sup>12</sup>:

A nova Lei de Crimes Ambientais tem sido considerada como um marco de eficiência no aparato legislativo brasileiro de proteção ao meio ambiente. Especificamente no que tange aos delitos contra o patrimônio cultural, estão atualmente tipificadas condutas culposas violadoras de tal bem jurídico e *não há mais a necessidade de prévio tombamento para que se viabilize*

12 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n.55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2738>>. Acesso em: 21 set.

*a tutela penal dos bens de valor arqueológico, como veremos mais detalhadamente quando tratarmos dos tipos penais em espécie.*

[...] Segundo o entendimento de alguns estudiosos do assunto, o tombamento de sítios arqueológicos seria desnecessário tendo em vista que a teor do disposto no art.1º. da Lei 3924/61, a proteção de todas as jazidas arqueológicas se daria *ex vi legis*, prescindindo-se de qualquer processo ou ato administrativo subsequente.

É imprescindível que se perceba o grande perigo da tese defendida pelo Ministério Público Federal. É que, ao se sustentar que a proteção dos sítios arqueológicos depende do regime jurídico do tombamento, não só os “geoglifos” do Acre, mas praticamente todos os sítios arqueológicos do país estariam sem a devida proteção.

Ultrapassada essa discussão, não obstante a existência de tutela legal, a efetiva proteção dos sítios arqueológicos deverá ser obtida através da observância do processo de licenciamento ambiental pelos empreendedores e do exercício do poder de polícia pelo IPHAN, bem como por meio de ações de educação patrimonial e, quando necessário, através do ajuizamento de ação civil pública.

Assim, não pairam dúvidas de que os sítios arqueológicos já são objeto de tutela, a mais adequada à sua natureza, nos termos da Lei n.º 3.924/1961.

Revela-se, diante disso, a desnecessidade de obtenção de provimento jurisdicional, configurando ausência do interesse de agir na modalidade necessidade, conforme reconhecido pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Acre ao proferir a sentença objeto do presente estudo, reconhecendo a ausência de interesse de agir do Ministério Público Federal.

#### 4 CONCLUSÃO

Ante o exposto, delineados os conceitos de patrimônio cultural, do instituto do tombamento e do regime de proteção dos bens arqueológicos, percebe-se que a Lei n.º 3.924/1961 conferiu a devida tutela aos sítios arqueológicos, estabelecendo inclusive sanções administrativas e penais diante do descumprimento de suas disposições, sendo desnecessário outro regime jurídico para a sua proteção.

**REFERÊNCIAS**

- AZEVEDO NETTO, Carlos Xavier de. *Preservação do Patrimônio Arqueológico – reflexões através do registro e transferência da informação*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v37n3/v37n3a01.pdf>>. Acesso em: dez. 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Lumen Juris, 2006. p. 652.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. Institutos afins à desapropriação. *Fórum Administrativo*, ano 8, n. 91, set. 2008. Versão digital.
- MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 2. jan.1993. p. 20.
- MARTINS, Ana Margarida Nunes. *A Proteção do Patrimônio Arqueológico: proteger o quê, como e porquê*. Reflexões a partir do direito do patrimônio cultural e do ambiente. Trabalho apresentado no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural 2009/2010. Faculdade de Direito de Lisboa. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Julho de 2010. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/663-1094.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2013
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n.55, 1 mar. 2002. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/2738> >. Acesso em: 21 set.
- OLIVEIRA, Thiago Pires. Raízes históricas da proteção jurídica ao patrimônio cultural no Brasil. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, ano 11, n. 62, mar./abr. 2012. Versão digital.
- PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, ano 7, n. 42, nov./dez. 2008. Versão digital.

**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 entrelinhas 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 numerico*. 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 território 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 espaçamento 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, confronto)

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



