

---

# O FORO NOS PROCESSOS JUDICIAIS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

*THE JURISDICTION IN LITIGATION INVOLVING THE  
FEDERAL GOVERNMENT*

---

*Jadson Wagner Marques da Fonseca  
Procurador Federal*

*Responsável pela Procuradoria Especializada da Anatel nos estados do RJ e ES  
Especialista em regulação de telecomunicações  
Mestrando em Direito Processual Constitucional pela Universidade Nacional de  
Lomas de Zamora – UNLZ*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Regras Gerais de Competência; 2 A Competência de Foro nos Processos Envolvendo a Administração Pública Federal Oriundos de Contratos - Quadro Geral; 3 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** considerando que o ordenamento jurídico brasileiro, através de diversas leis, determina que nos contratos administrativos seja inserida uma cláusula estipulando que o foro para a solução de eventuais conflitos judiciais entre as partes contratantes será o da sede da entidade administrativa e que o Supremo Tribunal Federal vem, recentemente, decidindo reiteradamente que aos demais entes públicos federais se aplica o art. 109, § 2º da Constituição Federal, nos propomos, no presente trabalho, com base em premissas da teoria constitucional, a fazer considerações sobre as implicações de tal posicionamento, bem como a sugerir uma opção de exegese normativa que importe em uma real consideração dos valores constitucionais albergados na magna carta pelo legislador constituinte e construídos pelos operadores do Direito Constitucional nos vinte e cinco anos de vigência da Constituição Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administração. Federal. Autarquia. Cláusula. Eleição. Foro.

**ABSTRACT:** considering that the Brazilian legal system through several laws determines that in administrative contracts is inserted a clause stipulating that the forum for the solution of eventual judicial conflicts between the contracting parties will be of the head office of the administrative entity and that the Supreme Court has, recently, repeatedly decided that for the other federal public institutions the art. 109, § 2º of the Federal Constitution is also applied, we propose, in the present work, on the basis of premises of the constitutional theory, to make considerations on the implications of such positioning, as well as suggesting a normative exegesis option that implies in a consideration of the real constitutional values lodged in the magna letter for the constituent legislator and constructed by the operators of the Constitutional law in the twenty five years of validity of the Federal Constitution.

**KEYWORDS:** Administration. Federal. Autarchy. Clause. Election. Jurisdiction.

## INTRODUÇÃO

Em que pese a Administração Pública gozar da prerrogativa de auto-executoriedade de seus atos<sup>1</sup>, o fato é que ela, em não poucas vezes, figura como parte em conflitos judiciais. Ora como Administração-autora, ora como Administração-ré<sup>2</sup>.

Em um e outro caso, porém, o que importa para o presente trabalho é ser a lide oriunda ou não de um contrato. Assim, temos duas situações básicas da Fazenda Pública em juízo que nos interessam, quais sejam: quando a discussão é oriunda de um contrato ou quando não é.

Em ambos os casos, por óbvio, o processo originado do exercício do direito de ação deverá tramitar em um foro determinado, o qual variará dependendo de uma ou outra hipótese e das regras, normas e princípios incidentes em cada caso.

Apontar quais são estas regras, normas e princípios aplicáveis a cada hipótese, ou ao menos contribuir para aprofundar o estudo do tema, eis o escopo do presente trabalho.

### 1 REGRAS GERAIS DE COMPETÊNCIA

Como é de curial saber, o código Buzaid, albergando a teoria de Wach e Chiovenda, adotou o critério tríplice de fixação da competência, o qual leva em consideração o aspecto objetivo, o funcional e o territorial<sup>3</sup>. O primeiro é aquele que se funda no valor da causa, em sua natureza ou na qualidade das partes (art. 91). O segundo diz respeito às normas que regulam as atribuições dos diversos órgãos e de seus componentes que devem funcionar em determinado processo, como se dá nas sucessivas fases do procedimento em primeiro e segundo grau de jurisdição (art. 93). Por último, a competência territorial, a qual se reporta aos limites territoriais em que cada órgão judicante pode exercer sua atividade jurisdicional (art. 94 e seguintes). Neste caso, o legislador procurou aproximar a atuação judicial dos fatos que deram origem à lide<sup>4</sup>.

Tais critérios, não obstante, bem como o próprio Código de Processo Civil (CPC), não lograram exaurir a complexidade da matéria presente na

---

1 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, p. 75, 2001.

2 SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Processual e o Direito Administrativo. In: Sundfeld, Carlos Ari e Bueno, Cassio Scarpinella (Org). *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 15 – 30.

3 JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 175, 1990.

4 CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 101, 2006.

sistemática processual brasileira, tanto que o próprio CPC nos remete aos dispositivos pertinentes da Constituição da República (CR)<sup>5</sup>.

Em qualquer caso, porém, tais normas ora são cogentes e ora dispositivas. As primeiras são aquelas estabelecidas em virtude do interesse público, ou seja, tendo por fim a correta ou melhor atuação possível do Poder Judiciário, não podendo, deste modo, ser objeto de disponibilidade pelas partes. Já as segundas, são estabelecidas em virtude do interesse e comodidade das partes, admitindo-se, como regra, que estas possam modificá-las de acordo com estes mesmos interesses e comodidades, como podemos ver nas precisas lições de Humberto Theodoro Júnior<sup>6</sup>.

Enquadra-se neste último tipo, segundo a exegese doutrinária e jurisprudencial, apenas, a competência territorial e em razão do valor<sup>7</sup>, estando no primeiro grupo as demais regras. As regras de competência de cunho imperativo são denominadas de absolutas, enquanto são chamadas de relativas aquelas que podem ser ignoradas pelas partes<sup>8</sup>.

De acordo com o art. 113 do CPC, o desrespeito às regras absolutas de competência pode ser reconhecido de ofício pelo juiz e pode ser arguida a qualquer tempo ou em qualquer grau de jurisdição. Já o desrespeito às regras relativas de competência deve ser objeto de exceção por parte do réu de acordo com o art. 112<sup>9</sup> do mesmo código, só podendo ser conhecidas de ofício pelo juiz em casos de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão<sup>10</sup>.

No que toca ao objeto de nosso interesse - os processos em que é parte a Administração Pública Federal, as regras de competência se encontram espalhadas em diversos diplomas normativos e, inclusive, na Constituição Federal.

Além da diferenciação feita inicialmente entre Administração-autora e Administração-ré, é preciso, ainda, separar os casos em que a parte integra a Administração Direta ou a Administração Indireta<sup>11</sup>.

---

5 Para uma análise mais pormenorizada do tema, não obstante, cf. Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 462 - 466, 2005.

6 *Ibidem*, p. 192.

7 Excetua-se a regra da parte final do art. 95. do CPC, uma vez que, embora o caso seja de competência territorial, é inalterável pelas partes.

8 Observamos, aqui, que não é a competência que é absoluta ou relativa, mas as regras que a ela se aplicam, podendo as mesmas, conforme a natureza, ser relativizadas ou não pelas partes.

9 Com a redação dada pela Lei nº 11.280/2006.

10 Na realidade, aqui, o juiz atua sobre o direito material e reconhece a nulidade da cláusula eletiva, o que acaba por implicar em consequências processuais com a declinação da competência.

11 Sobre o conceito de Administração Direta e Indireta, remetemos o leitor à obra citada de José dos Santos Carvalho Filho, p. 342 e 346.

Quando se tratar da União, é preciso efetuar uma interpretação sistemática entre as regras do CPC (arts. 94 e 99) e a da CR (art. 109, § 2º), bem como levar em consideração alguns outros diplomas esparsos, sendo os que nos interessam, principalmente, a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 8.987/95.

Quando a União for autora, a regra geral é a do art. 94 do CPC.

Na posição de ré, as regras de competência para processar o feito em que for parte a União estão estabelecidas no § 2º do art. 109 da CR.

Quanto às determinações trazidas nas duas leis logo acima citadas, postergaremos sua análise para momento mais apropriado.

As normas de competência incidentes sobre os processos em que forem partes os membros da Administração Indireta eram, até bem pouco tempo, em regra, as mesmas aplicáveis às pessoas jurídicas em geral, ou seja, quando autoras, as do art. 94 do CPC, quando réas, as contidas no art. 100, IV, alíneas “a” e “b” do mesmo diploma<sup>12</sup>. Neste sentido, apenas como exemplo, as seguintes decisões, *in verbis*:

#### PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O IBAMA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL.

1. A competência para julgar ação proposta contra autarquia federal na qual se discute obrigação legal, é do foro da sua sede, nos termos do art. 100, IV, “a”, do CPC. Precedentes do STJ.

2. Hipótese em que o IBAMA foi demandado em local em que não possui representação (Município de Santo Ângelo/RS), devendo o feito ser deslocado para a Seção Judiciária de Porto Alegre, onde possui sede regional, conforme requerido na Exceção de Incompetência.

3. Agravo Regimental provido<sup>13</sup>.

(STJ, AgRg no REsp 1099687 / RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 26/05/2009, DJ 31/08/2009)

#### PROCESSUAL CIVIL. ART. 100, IV DO CPC. AUTARQUIA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SEDE OU FILIAL.

<sup>12</sup> JÚNIOR, op. cit. p. 188.

<sup>13</sup> Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1099687+&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1099687+&b=ACOR)>. Acesso em 10 jan. 2013.

## ELEIÇÃO DO DEMANDANTE. PRECEDENTES. RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

1. Consoante jurisprudência do STJ, as ações intentadas contra autarquia federal devem ser demandadas no foro de sua sede (art.100,

IV, a), no caso, o Distrito Federal, ou no foro do local onde se encontra a agência ou sucursal (art. 100, IV, b), cabendo ao demandante a escolha do foro competente.

2. Deste modo, em havendo dois ou mais autores com diferentes domicílios, a União Federal e suas Autarquias, poderão ser demandadas em qualquer um deles, à escolha do autor, hipótese em que a ue a competência se estende a todos os integrantes do litisconsórcio.

3. Embargos de declaração conhecidos, mas desprovidos.<sup>14</sup>

(STJ, EDcl no AgRg no REsp 865475 / DF, Rel. Des. Convocada do TJ/MG JANE SILVA, julgado em 18/09/2007, DJ 08/10/2007, p. 357)

Mais uma vez, relembremos as disposições já mencionadas das Leis nº 8.666/93 e nº 8.987/95, as quais, por serem o objeto principal de nossa análise, serão comentadas em item específico.

## **2 A COMPETÊNCIA DE FORO NOS PROCESSOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL ORIUNDOS DE CONTRATOS - QUADRO GERAL**

Em que pese todos os dispositivos legais e constitucionais aqui já citados, existem diversos dispositivos legais, todos de leis editadas após a promulgação da atual Constituição Federal, estabelecendo regras diversas de foro para entidades integrantes da Administração Pública e, mais particularmente, da Administração Federal.

---

14 Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=autarquia+e+foro+e+constitui%E7%E3o+Federal&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=21](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=autarquia+e+foro+e+constitui%E7%E3o+Federal&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=21)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

Até pela ordem cronológica, a primeira que destacamos é o Estatuto Nacional de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93)<sup>15</sup>, o qual dispõe, *ad litteram*:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

Dispositivo semelhante possui a chamada Lei das Concessões dos Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), a qual assim, estabelece<sup>16</sup>, *ipsis litteris*:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

No mesmo diapasão, a denominada Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) dispõe da seguinte forma<sup>17</sup>, *litteratim*:

Art. 93. O contrato de concessão indicará:

XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

De forma semelhante, a Lei nº 9.427/96<sup>18</sup> dispõe em seu art. 1º, *ipsis verbis*:

**Art. 1º** É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de

---

15 Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

16 Idem

17 Idem

18 Idem

Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado.

De forma idêntica a esta última dispõem as leis nº 9.478/97; nº 9.782/99; nº 9.961/2000; 11.182/05; 9.984/2000, dentre outras.

Nesta toada, especificamente sobre a transcrita disposição da Lei nº 8.666/93, Jessé Torres leciona no seguinte sentido<sup>19</sup>, *verbis*:

O § 2º do art. 55 fixa regra de competência absoluta em favor da Administração Pública, pelo fato de tratar-se da Administração Pública. Ou seja, reitera a competência *ratione personae*, inderrogável e improrrogável, que o direito brasileiro acolhe relativamente a entes públicos, que gozam de foro especial e privativo para demandar ou serem demandados em Juízo (v. CPC, art. 99).

A norma é de ordem pública e, pois, cogente (inafastável pela vontade dos contraentes). O foro competente para conhecer e julgar questões decorrentes dos contratos da Administração Pública será, sempre, o da sede do ente da Administração direta (União, estados, distrito Federal e Municípios) ou da entidade da Administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista) que haja firmado o contrato. Nem a própria Administração poderá escolher outro foro em cláusula contratual, do que se segue que está vedado, nesses contratos, o foro de eleição (CPC, art. 111) e lhes será inaplicável o verbete 335, da Súmula do Supremo Tribunal Federal (“É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato”).

Tal sentir é apreendido não só por publicistas, mas também por aqueles que se ocupam do Direito Privado. Neste sentido, usando a nomenclatura “contratos coativos”, Silvio de Salvo Venosa<sup>20</sup> assim se manifesta sobre o assunto, *in litteris*:

A expressão contrato coativo contém o máximo do dirigismo contratual. Não há como defender a autonomia da vontade se o contrato é imposto.

---

19 Junior, Jessé Torres Pereira. *Comentários à Lei das Licitações e Contratos da Administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 348-349.

20 Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 386.

[...]

Na verdade, aqui não estamos diante de uma manifestação de dirigismo contratual, mas perante uma consequência inevitável do privilégio concedido às empresas que detêm o monopólio dos serviços públicos (Borba, 1989:19). O intuito contratual está praticamente desaparecido nesse negócio jurídico. As cláusulas do negócio são totalmente predispostas [...] Existe no fenômeno aparência de contrato e não contrato propriamente dito. Trata-se de negócio jurídico guarnecido de normas de Direito Público. Resolvem-se as pendências levando-se em conta princípios de Direito Público, embora parcela ponderável das cláusulas situe-se no âmbito da contratação privada e como tal deva ser encarada.

No mesmo sentido se posiciona Maria Helena Diniz<sup>21</sup>, quando aduz que “o princípio da autonomia da vontade sofre, portanto, restrições, trazidas pelo dirigismo contratual, que é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual”. Em seguida, a autora lembra da observação de Couto e Silva, “no sentido de que nos contratos ditados, compulsórios ou cogentes, inexistente autonomia da vontade, por consistirem em acordos entre particulares que, por força de lei, são obrigados a contratar, ou entre particular e poder público”.

De acordo com estes pontos de vista, então, o que chamamos de cláusula de eleição de foro nos contratos administrativos, na realidade, não poderia ser algo mais diferente. Sendo de feitura compulsória em decorrência de expressa disposição legal, possui ela, na realidade, natureza de norma pública, não restando qualquer resquício de natureza contratual, uma vez que sua presença independe da vontade de quaisquer das partes.

Em sentido, porém, diametralmente oposto, ao discorrer sobre o referido art. 55, se posiciona Maçal Justen Filho<sup>22</sup> nos seguintes termos:

O § 2º é parcialmente inconstitucional. Ao determinar a obrigatoriedade da cláusula de eleição do foro da sede da unidade administrativa, impõe dispositivo que conflita com a Constituição em certo ângulo.

[...]

21 DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 72.

22 FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 486.

Não é constitucional, porém, restringir a amplitude da regra do art. 109, § 2º da CF/88, que assegura a faculdade do particular escolher o foro para litigar com a União.

De outro eito, o Supremo Tribunal Federal (STF), de forma contrária à jurisprudência consagrada nos demais tribunais federais até então, como já vimos, vem decidindo, reiteradamente, no sentido da aplicação às autarquias federais do art. 109, § 2º da Constituição Federal. A fim de facilitar a compreensão, pedimos vênia para transcrever tal dispositivo constitucional<sup>23</sup>, *in litteris*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Mais uma vez, para que haja clareza do panorama, transcreveremos, ao menos, a ementa de uma destas decisões<sup>24</sup>, *in verbis*:

COMPETÊNCIA – AÇÃO MOVIDA CONTRA AUTARQUIA  
– ALCANCE DO § 2º DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL – OBSERVÂNCIA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
– NEGATIVA DE SEGUIMENTO.

1. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou acolhida a pedido formulado em agravo, ante fundamentos assim sintetizados (folha 77):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL.  
EXECUÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AUTARQUIA FEDERAL.

Às autarquias federais deve ser dado tratamento similar ao dado à União. Não devem elas, assim, ter privilégio de foro maior do que o concedido pela Constituição à União no §2º do artigo 109 da Constituição Federal.

<sup>23</sup> Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

<sup>24</sup> Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200401048007&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

2. Os recorridos ajuizaram ação ordinária em face da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, perante a Vara Federal de Lajeado, no Rio Grande do Sul. Pretende, a recorrente, ver assentada a competência da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Não obstante, a decisão da Corte de origem está em harmonia com o § 2º do artigo 109 da Constituição Federal, no que encerra a possibilidade de a ação ser proposta no domicílio do autor, no local em que ocorrido ato ou fato ou em que esteja situada a coisa, ou ainda no Distrito Federal.

3. Nego seguimento a este recurso extraordinário.

4. Publiquem.

(STF, RE 596436 / RS - RIO GRANDE DO SUL, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30/11/2009, DJe-018 DIVULG 29/01/2010 PUBLIC 01/02/2010)<sup>25</sup>

Deste modo, temos dois panoramas bem claros e distintos sobre o assunto, quais sejam: 1º) diversas leis estabelecem que nos contratos administrativos deve ser estabelecido o foro da sede da entidade administrativa, havendo parte da doutrina especializada que, inclusive, entende ser a regra de ordem pública e, portanto, inafastável; 2º) parte da doutrina entende serem tais dispositivos inconstitucionais, sendo que o STF, apesar de não ter, até o momento, declarado a inconstitucionalidade de quaisquer destes dispositivos, na prática vem entendendo que o dispositivo constitucional sobre foro aplicável à União deve ser interpretado ampliativamente para incluir as autarquias.

Partindo destes dois pontos de vista, procuraremos contribuir para a análise da questão.

### 3 UMA ANÁLISE SISTÊMICO-INTEGRADORA DA QUESTÃO

Em uma rápida retrospectiva, lembramos que no início do quadro acima delineado, a jurisprudência dos tribunais federais e do STJ, em consonância com o Direito Administrativo e o Direito Civil, era firme no

25 No mesmo sentido: RE 474.691/SC (DJe 15/12/2009) e RE 491.331/SC (DJe 16/12/2009), Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA e Ag. Reg. no RE. nº 499.093/PR,(Dje 25/11/2010), Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

sentido de que, como o § 2º do art. 109 da CR se referia apenas à União, não era possível estender sua norma às autarquias, uma vez que estas possuem personalidade jurídica própria.

Assim, sendo as autarquias instituições existentes em nosso ordenamento jurídico de longa data, não era concebível que o constituinte tivesse esquecido de sua existência, tendo dito menos do que queria.

Não obstante, o STF puxando uma guinada de cento e oitenta graus, fixou o entendimento de que não há razão para que as autarquias tenham tratamento diferente da União e mais privilegiado que ela, razão pela qual deveria a norma do dispositivo constitucional em tela ser a elas estendido.

Ora, o primeiro ponto que chama atenção neste cenário é que o STF não decidiu com base na letra da Constituição, mas efetuou uma análise sistemática e teleológica.

O segundo, é que, ao que parece, nenhuma das decisões proferidas pelos tribunais superiores neste último sentido se deu em processo oriundo da execução de um contrato.

Nos chama a atenção, também, o fato de que se este entendimento prevalecer da maneira que se deu até o momento, implica em considerar que o legislador ordinário sistematicamente, em diversas leis e ao longo de diversos anos, produziu dispositivos inconstitucionais sobre o mesmo tema.

Assim, se o STF não decidiu baseado na literalidade da Constituição, tão pouco nós acreditamos que a melhor solução para o assunto seja baseado na literalidade de qualquer dispositivo legal ou em raciocínios simplistas. Ao contrário, nos parece que a referida solução se encontra na própria Constituição Federal, mas não necessariamente em sua letra. Assim, para desenvolvimento do tema, será necessário utilizar como instrumental os métodos e princípios de interpretação constitucional.

Lembramos, ainda, nas palavras do preclaro Ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>26</sup>, ao lembrar Müller, que:

[...] o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a “ponto do *iceberg*”; todo o resto, talvez a parte mais significativa, que o intérprete-aplicador deve levar em conta para realizar o direito, esse âmbito de incidência é constituído pela *situação normada*, na feliz expressão de Miguel Reale.

Esclarecemos, outrossim, que não utilizaremos como premissa lógica a presunção metafísica da existência de um legislador e de

26 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 108.

uma legislação racionais e isentos de imperfeições<sup>27</sup>, mas a de que a racionalização do sistema é feita, ou não, pela interpretação e concretização dos operadores do direito em sua atuação diária<sup>28</sup>.

Nesta toada, fazemos aqui um paralelo com a longa construção que culminou no reconhecimento da nulidade de cláusulas de eleição de foro em contratos de adesão consumerista.

Embora respaldada na Lei nº 8.078/90, esta apenas trazia para o plano da legislação ordinária a proteção constitucional dada ao consumidor, a qual, na esfera processual, também emergia das garantias constitucionais de acesso ao Judiciário<sup>29</sup>.

Elayne Maria Sampaio Rodrigues Mahler nos lembra daqueles que defendiam, até a edição da Lei nº 11.280/06, a qual alterou, dentre outros, a redação do art. 112 do CPC, que a cláusula de eleição de foro era nula de pleno direito por dificultar ao consumidor o acesso ao Judiciário<sup>30</sup>.

Nos ensina, a mesma autora, que diversos acórdãos do STJ se reportam ao princípio da “facilitação de defesa do consumidor”<sup>31</sup>.

Logo, percebe-se que o moto primeiro a fundamentar o reconhecimento da nulidade de uma cláusula de eleição de foro nos contratos de adesão consumeristas está nos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, bem como na garantia, também constitucional, de amplo acesso ao Judiciário.

Tanto isso é verdade, que inúmeros autores e julgados do STJ apontam no sentido de que o mero fato da cláusula de eleição de foro estar inserida em um contrato de adesão, ainda que consumerista, não é suficiente para configurar a nulidade da mesma, sendo necessário

---

27 Cf. também, BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: *A nova interpretação Constitucional*. BARROSO, Luís Roberto. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

28 Neste sentido, GARCIA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, p. 217, 1994. “Frente a uno de los postulados más característicos de la concepción metodológica tradicional, las teorías de la argumentación defienden que El legislador real não es racional o, lo que es igual, que no hace leyes perfectas que prevean soluciones claras y no contradictorias para cualquier caso hipotético que pueda producirse, y que, por lo tanto, quienes tienen que ser racionales son los juristas, quienes interpretan y aplican La ley.”

29 Neste sentido, Nery, Rosa de Maria de Andrade. Competência relativa e de foro e a ordem pública : O art. 51 do CDC e o verbete nº33 da súmula do STJ, in *Justitia*, São Paulo, julho/setembro de 1994, p. 47. Afirma que o “problema posto sugere outras dificuldades que precisam ser superadas, pois esbarram em considerações que podem gerar quebra dos princípios constitucionais do acesso à justiça (rectius: ao direito justo), do contraditório e ampla defesa, bem como do princípio da igualdade das partes (...)”

30 MAHLER, Elayne Maria Sampaio Rodrigues. *A releitura do enunciado nº 33 da súmula do STJ*. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_3a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_3a_edicao.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

31 *Ibidem*.

para isto que reste prejudicado o acesso ao judiciário da parte aderente<sup>32</sup>.

Deste modo, acreditamos que a orientação da questão deve passar pela compreensão da finalidade do postulado contido no § 2º do art. 109 da Constituição Federal e sua óbvia ligação com o acesso ao Judiciário e o princípio processual constitucional da paridade de armas.

Não se consegue vislumbrar outro motivo para o legislador constitucional elaborar o texto do referido dispositivo que não seja a constatação de que, como a União está presente em todo o território nacional, não lhe restando prejuízo em demandar em qualquer parte do mesmo, nada mais lógico do que permitir que os seus demandantes possam optar pelo foro que lhes for mais favorável, inclusive e, principalmente, o de seu domicílio.

Tal raciocínio está absolutamente correto e, neste sentido, também está correto o posicionamento do STF de que, em casos que tais, não existe motivo para oferecer tratamento diferenciado e privilegiado aos integrantes da Administração Federal Indireta.

Não obstante, não devemos nos esquecer, que com a complexidade cada vez maior das relações sociais e econômicas, a Administração Federal celebra determinados contratos com sociedades empresárias que são, muitas das vezes, mais forte economicamente e mais influentes que muitos países. Neste contexto, destacam-se, especialmente, as agências reguladoras, a quem foi dada a missão de conceder e regular a maior parte dos serviços públicos nacionais<sup>33</sup>.

Tais casos, no mais das vezes, envolvem contratos tão complexos e que demandam um conhecimento tão específico para sua compreensão que, dificilmente, encontraremos alguém fora das agências reguladoras e da equipe técnica dos grandes operadores com condições de compreensão completa do assunto<sup>34</sup>.

---

32 Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior afirma que: À luz dessa realidade, o próprio Superior Tribunal de Justiça ressalva que a abusividade da cláusula de eleição de foro não decorre ipso iure da natureza do contrato de adesão. Somente não prevalece o foro convencional se de fato constatada a abusividade do ajuste estipulado contra os interesses do contratante que não tinha como rejeitar a imposição da parte poderosa.» JÚNIOR, Humberto Theodoro. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21.

33 Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

34 “Em grande parte dos casos, a atividade das agências refletirá conhecimentos técnico-científicos e atuação de especialistas. [...] Na maior parte dos casos, a solução adotada pela agência não será controlável através do bom senso nem da aplicação de princípios lógicos derivados de um conjunto de princípios normativos abstratos. Em quase todas as hipóteses, poderá ocorrer até mesmo a impossibilidade fática de um indivíduo não titular de conhecimento especializado chegar compreender a dimensão do problema enfrentado. Filho, Marçal Justen. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. 2 ed. São Paulo: Dialética, p. 591/592, 2002.

Por outro lado, é certo que o “cérebro” das agências reguladoras está em suas sedes, onde se concentra a maior parte de seu corpo técnico e as suas chefias<sup>35</sup>.

Assim, na solução judicial de controvérsias envolvendo casos complexos que não tramitem no foro da sede da Administração, será necessário todo um gasto com logística para garantir uma defesa eficiente da posição pública, quer seja com deslocamento de técnicos (o que envolve passagens, diárias, etc), quer seja com o deslocamento do advogado público para o juízo ou para a sede, neste caso a fim de discutir o caso com os técnicos.

Não podemos deixar de considerar que tal situação confronta outros valores constitucionais, tais como o da eficiência administrativa e o da economicidade, bem como que o dinheiro gasto a mais é público e que poderia estar sendo empregado em outras finalidades.

Averte-se que não se trata de subordinar a atividade jurisdicional às conveniências da Administração, mas de proteção de interesses da sociedade como um todo. Desde Platão e Aristóteles que a igualdade consiste em tratar de modo diferenciado os desiguais. Deste modo, desde que não ferido qualquer outro valor constitucional, não se pode conferir o mesmo peso aos recursos econômicos dos contribuintes e o do setor privado.

A título de ilustração, vale lembrar o usual argumento em desfavor de altos salários de carreiras na Administração Pública em contraposição à remuneração muito superior no desempenho das mesmas funções no setor privado: o dinheiro das empresas não é público.

Para as grandes sociedades empresárias já referidas, no entanto, é indiferente, pois sempre contratam grandes escritórios que possuem representação onde for necessário. Isso implica no fato de que não permitir a tramitação do processo judicial no foro da sede da entidade administrativa implica em casos que tais, ao fim e ao cabo, em favorecimentos financeiro de grandes conglomerados econômicos em desfavor da Fazenda Pública, o que viola outro princípio da Constituição, qual seja: o da moralidade.

Situação completamente diferente ocorre naqueles casos em que temos pessoas físicas ou, mesmo, pequenas e médias empresas litigando com a Administração Pública.

A balança pesa para diferentes lados nos dois tipos de situação.

Nesta medida, nos parece que, em uma interpretação ampliativa, aplicar a letra da Constituição (§ 2º do art. 109) implica em violar seu espírito.

De outro lado, se fizermos uma interpretação dos dispositivos legais em comento de acordo com a teleologia constitucional, no lugar

35 Cf. v.g. o Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, aprovado pela Res. de nº 250/2005.

de repetirmos fórmulas prontas, lograremos a harmonização do sistema jurídico neste ponto sem declarações de inconstitucionalidade; sem prejuízos para a Fazenda Pública e sem prejuízos, também, para aqueles que demandam contra a Administração Pública, quer sejam pessoas físicas e pequenas e médias pessoas jurídicas, quer sejam colossos econômicos.

Deste modo, nos parece que tanto dentro do espírito em que foi redigida a Constituição Federal, como naquele em que tem sido construída sua exegese até hoje, o que importa é dar efetividade à garantia constitucional de acesso ao Judiciário e de exercício de ampla defesa. E isto, por óbvio, tanto aos cidadãos como à Administração que os serve.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Independente, então, da literalidade de quaisquer dispositivos, cabe ao intérprete e aplicador do sistema jurídico pátrio dar efetividade a referida intenção constitucional, o que implica em que a validade de cláusulas estipulatórias de foro ou dispositivo legais deste tipo tenham sua validade avaliada no caso concreto, de maneira que seja a estipulação de foro reconhecida como válida ou não dependendo do equilíbrio de paridade de armas existente na situação *sub exame* entre a Administração e administrado, a fim de se impedir inevitáveis prejuízos sempre advindos de soluções pré-concebidas e generalistas que não conseguem alcançar o justo em todos os casos.

#### REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: *A nova interpretação Constitucional*. BARROSO, Luis Roberto. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- BENJAMIN, Antônio Hermam de Vasconcellos. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- COSTA, Regina Helena. *Revista de Direito do Consumidor*, 21/97-104, São Paulo: RT.
- DE ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Thomas-Rámón. *Curso de derecho administrativo*. 6. ed. Tomo II, Madrid: Civitas, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures.
- FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10 ed. São Paulo: Dialética.
- \_\_\_\_\_. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. 2 ed. São Paulo: Dialética.
- GARCIA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- JUNIOR, Jessé Torres Pereira. *Comentários à Lei das Licitações e Contratos da Administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

- JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo et al. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NERY, Rosa de Maria de Andrade. *Competência relativa e de foro e a ordem pública*: O art. 51 do CDC e o verbete nº33 da súmula do STJ, in: *Justitia*, São Paulo: jul./set. 1994.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOARES, Paulo Brasil Dill. *Código do Consumidor Comentado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1999.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Processual e o Direito Administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Org). *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2003.

## REFERÊNCIA ELETRÔNICA

MAHLER, Elayne Maria Sampaio Rodrigues. *A releitura do enunciado nº 33 da súmula do STJ*. Disponível em <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_3a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_3a_edicao.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996*. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

## DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL. ART. 100, IV DO CPC. AUTARQUIA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SEDE OU FILIAL. ELEIÇÃO DO DEMANDANTE. PRECEDENTES. RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. Resp de nº 1138591 / RJ. Relator: Min. Castro Meira. Jurid Digital, 05 out. 2009. AgRg no REsp 1099687 / RS. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO

ESPECIAL. 2008/0230909-1. Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN (1132). Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 26/05/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 31/08/2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=autarquia+e+foro+e+Constitui%E7%E3o+Federal&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=21](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=autarquia+e+foro+e+Constitui%E7%E3o+Federal&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=21)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL. ART. 100, IV DO CPC. AUTARQUIA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SEDE OU FILIAL. ELEIÇÃO DO DEMANDANTE. PRECEDENTES. RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. EDcl no AgRg no REsp 865475 / DF EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0145630-3. Relator(a): Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (8145). Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 18/09/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 08/10/2007 p. 357. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=autarquia+e+foro+e+constitui%E7%E3o+Federal&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=21](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=autarquia+e+foro+e+constitui%E7%E3o+Federal&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=21)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. COMPETÊNCIA – AÇÃO MOVIDA CONTRA AUTARQUIA – ALCANCE DO § 2º DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – OBSERVÂNCIA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RE 596436 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 30/11/2009 Publicação: DJe-018 DIVULG 29/01/2010 PUBLIC 01/02/2010 Partes RECTE. (S): AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL FEDERAL RECD. (A/S): DEMEEP - DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE ENERGIA ELÉTRICA DE PUTINGA.