

# Publicações da Escola da AGU

---

## A Advocacia Pública nos 30 anos da Constituição Federal

---

volume 10 - n. 04 - Brasília-DF, out./dez. 2018

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 10	n. 04	p. 1-188	out./dez. 2018
---------------------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

# Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União  
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800  
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370  
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

## ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO

Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

## ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Maria Aparecida Araujo de Siqueira

## DIREÇÃO GERAL DA AGU

Maria Aparecida Araujo de Siqueira	Secretária-Geral de Consultoria
Sérgio Eduardo de Freitas Tapety	Procurador-Geral da União
Fabrício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia-Geral da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador-Geral do Banco Central
Isabella Maria de Lemos	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

## ESCOLA DA AGU

Diogo Palau Flores dos Santos	Diretor
Douglas Henrique Marin dos Santos	Coordenador Geral de Ensino
Andrea Maria Nogueira Cajueiro	Coordenadora-Geral Administrativa

## EDITOR RESPONSÁVEL

Diogo Palau Flores dos Santos

## CONSELHO EDITORIAL

Douglas Henrique Marin dos Santos  
Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho

**Diagramação/Capa:** Niuza Lima/Glúcia Pereira

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

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, n.º 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.

A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5  
CDU 34 (05)

## SUMÁRIO

Apresentação.....	5
Ações Regressivas Acidentárias do INSS Frente à Responsabilidade Civil dos Empregadores: a atuação da advocacia-geral da união em consonância com as diretrizes constitucional e infralegal <i>Accidental Actions of the INSS in Respect of the Civil Liability of Employers: the action of the universal advocacy in compliance with the constitutional and infrared legal guidelines</i> <i>Gabriel Cavalcante Cortez</i> <i>Marcus Alexandre Alves.....</i>	9
Em Busca do Equilíbrio Federativo: o teto de crescimento de gastos da LC 156/2016 e a crise fiscal dos estados-membros <i>In Search of the Federative Balance: the growth ceiling of LC 156/2016 and the fiscal crisis of the member states</i> <i>Hilryn Hueb.....</i>	23
O Modelo Constitucional Brasileiro de Gestão de Resultados como Mecanismo de Freios e Contrapesos para Moderar o Conflito entre os Poderes em Benefício do Cidadão <i>The Brazilian Constitutional Model of Management of Results as Mechanism of Brakes and Counterweights to Moderate the Conflict between the Powers to Benefit the Citizen</i> <i>Juliano Ribeiro Santos Veloso.....</i>	39
Papel da Advocacia-Geral da União nas Resoluções dos Conflitos entre os Poderes: relevante intérprete jurídico rumo ao resgate da dignidade da legislação <i>Role of Attorney General's Office in Resolutions to Conflicts Between Power: relevant legal interpreter to the rescue of the dignity of legislation</i> <i>Karina Nathércia Sousa Lopes.....</i>	55
Constitucionalismo e Democracia: constitucionalismo em tempos de crise ( a advocacia pública nos 30 anos da carta de 1988) <i>Constitutionalism and Democracy: constitutionalism in times of crisis (public advocacy in the 30 years of the 1988 letter)</i> <i>Leonardo de Mello Caffaro.....</i>	69

A Política Pública de Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho e sua Guarida por Meio das Ações Regressivas Acidentárias <i>The Public Policy for the Protection of the Environment of Work and Their Accuracy Through the Accidental Regressive Actions</i> Manuel Jasmim Correia Barros.....	83
A Responsabilidade da Advocacia dos Bancos Públicos no Desenvolvimento Sustentável: um fator de educação ambiental e governança <i>The Responsibility of the Advocacy of Public Banks in Sustainable Development: a factor of environmental education and governance</i> Marcelo Machado Carvalho.....	103
As Veredas de uma Constituição Trintenária <i>The Paths of a Trinitarian Constitution</i> Omar Serva Maciel .....	119
A atuação Proativa da Advocacia-Geral da União Perante o Supremo Tribunal Federal (ADIN 2.477 e ADIN 3.768) em Defesa da Aplicação das Políticas Públicas após a Constituição Federal de 1988 <i>the Proactive Action of the General Advocacy of the Union (AGU) Beside of the Supreme Court (ADIN 2,477 and ADIN 3,768) in Defense of the Application of Public Policies after the Federal Constitution of 1988</i> Rodrigo Araújo Ribeiro.....	133
Os Trinta Anos da Carta Fundamental e a Evolução dos Direitos Políticos, dos Direitos Humanos e dos Direitos Sociais no Brasil <i>The Thirty Years of the Fundamental Charter and the Evolution of Political Rights, Human Rights and Social Rights in Brazil</i> Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Anna.....	149
Entre a Vanguarda e o Desencanto: reflexões sobre a atuação do STF e o papel da agu no horizonte da democracia brasileira <i>Between Vanguard and Disenchantment: considerations about brazilian supreme court and the attorney's general office role on the horizon of brasilian democracy</i> Silvia Follain de Figueiredo Lins.....	163
A Advocacia Pública na Defesa das Políticas Públicas, da Gestão Responsável e da Segurança Jurídica <i>Public Attorney in the Defense of Public Policies, Responsible Management and Legal Certainty</i> Viviane Alfradique Martins de Figueiredo Mendes.....	177

## APRESENTAÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 simbolizou um marco na história política e jurídica do país por representar um singular esforço coletivo que uniu os mais diversos movimentos sociais, organizações profissionais, agremiações partidárias e porta-vozes de distintos setores da sociedade civil, que tiveram na Assembleia Nacional Constituinte espaço para expor suas demandas e projetos de país, num momento em que a redemocratização significava um novo horizonte de possibilidades para os brasileiros. Celebrar a passagem do aniversário de trinta anos da Constituição Federal de 1988, então, é motivo de orgulho para todos, assim como oportunidade de registrar as conquistas institucionais proporcionadas sob a vigência do texto constitucional.

Uma dessas principais conquistas, sem dúvida, foi o processo de institucionalização da Advocacia-Geral da União, enquanto órgão permanente de representação judicial e extrajudicial da União, que passou a ocupar lugar de destaque como função essencial à justiça. À inovação constitucional disposta no art. 131 do texto seguiu-se um caminho ainda não tão longo – são 25 anos de relevantes serviços prestados ao cidadão brasileiro, mas profundamente marcado por batalhas que consolidaram a sua imagem de legítima representante da advocacia de Estado no cenário nacional e internacional.

É certo que, tal qual o caminho percorrido pela mobilização da sociedade civil para tornar efetivo o texto da Constituição, o caminho construído pela Advocacia-Geral da União tem sido caracterizado pela capacidade de aprendizado de seus membros, servidores e colaboradores em lidar com distintas situações. Lidando com relações jurídicas complexas, e muitas vezes sob um ambiente adverso, o aperfeiçoamento do desempenho das atividades que constituem sua missão constitucional tem sido realizado com a dedicação e empenho diários exigidos pela edificação de uma instituição sólida, capaz de fazer prevalecer o interesse público e, assim, entregar os relevantes resultados que tem destinado à cidadania. É essa capacidade de aprendizado institucional desenvolvida pela Advocacia-Geral da União que reforça o seu valor entre os órgãos do sistema de justiça e qualifica o seu compromisso democrático com a sociedade. Ela é a homenagem cotidiana que a AGU presta à Constituição Federal de 1988.

Os grandes números da atuação da Advocacia-Geral da União são hoje mais conhecidos do que nunca. Estão na imprensa, nos relatórios

de gestão e no reconhecimento institucional alcançado e expresso nas manifestações dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo. A ampla variedade de campos de atuação da AGU também soube se fazer presente ao conferir segurança jurídica à atuação estatal nas áreas econômica, fiscal, regulatória e políticas de preservação do patrimônio cultural e do meio ambiente, assim como na gestão pública responsável na prestação da saúde, educação, previdência social, segurança, transporte e demais serviços essenciais à população brasileira.

Essa multiplicidade de esferas de atuação da Advocacia-Geral da União se reflete na diversidade dos temas tratados neste volume que as Publicações da Escola da AGU, com muito entusiasmo, apresenta aos leitores. Intitulada A Advocacia Pública nos 30 anos da Constituição Federal, a publicação reúne artigos que avaliam a atuação da AGU na concretização de políticas públicas dirigidas à proteção social do trabalho e responsabilização de empregadores negligentes em relação à prevenção de acidentes no ambiente laboral. Esse é o tema tratado no texto de Gabriel Cavalcante Cortez e Marcus Alexandre Alves, que, sob a perspectiva do direito civil-constitucional, analisam o papel sancionatório e pedagógico desempenhado pela AGU com os bons resultados do ajuizamento das ações regressivas em defesa do INSS, na recuperação de recursos do erário gastos com o pagamento de benefícios como auxílio-doença, auxílio-acidente ou pensão por morte.

Ainda na seara de proteção dos direitos sociais, com registro para a defesa judicial das políticas públicas em favor das pessoas portadoras de deficiência e do idoso, o artigo de Rodrigo Araújo Ribeiro aborda o modo como a AGU trabalhou na defesa da constitucionalidade das leis 13.146/2015 e 10.741/2004, que instituíram respectivamente o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Estatuto do Idoso. A destacada atuação da Advocacia-Geral por ocasião do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade 2.477 e 3.768 pelo Supremo Tribunal Federal é lembrada no texto. A implementação juridicamente adequada e sob o enfoque da gestão responsável das políticas públicas também é trabalhada no texto de Viviane Alfradique Martins de Figueiredo Mendes, que ressalta a importância das atividades de consultoria e assessoramento da AGU no fornecimento da segurança jurídica indispensável à boa e regular aplicação dos recursos no atendimento das necessidades públicas.

O desenvolvimento de melhores práticas de gestão e refinamento de práticas jurídicas dirigidas à melhoria da qualidade do gasto público

estão no foco do artigo de Juliano Ribeiro Santos Veloso, que evidencia como a sinergia do setor público pode contribuir para uma gestão baseada em resultados, em benefício do cidadão. Esse parece ser um enfoque que ganhou relevância, especialmente no atual momento de crise fiscal que resultou na aprovação do regime constitucional do teto de gastos públicos, inserido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 95/2016, e ainda pela edição da Lei Complementar nº 156/2016, que estabelece novas condições de refinanciamento da dívida dos Estados e Municípios, com impacto no desenho do nosso federalismo fiscal, como analisa o trabalho de Hilyn Hueb.

Numa análise mais panorâmica sobre a evolução da efetivação dos direitos humanos, sociais e políticos nos trinta anos da Constituição, Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Anna aponta razões para a permanência do déficit de concretização desses direitos diante do cenário de desigualdades e como a superação do ciclo de baixa normatividade das normas de direitos fundamentais ainda é um desafio do nosso Estado Democrático de Direito. Essa é uma tarefa que não cabe apenas aos agentes públicos e membros do sistema de justiça, como destaca o trabalho de Marcelo Machado Carvalho ao pôr em relevo a atuação dos bancos públicos e do seus quadros de advogados no avanço de uma agenda de desenvolvimento sustentável para a educação ambiental e políticas de governança para a preservação do meio ambiente, segundo compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil.

A publicação deste volume é também privilegiada pelas contribuições voltadas à avaliação da experiência do constitucionalismo no Brasil sob o contexto de crise das noções de democracia representativa e de Estado de Direito e o espaço da advocacia pública em tal cenário, como o fez Leonardo de Mello Caffaro, mas também pela análise do funcionamento da jurisdição constitucional no país nesses 30 anos de vigência do texto constitucional de 1988, que experimentou uma expansão demasiada, na avaliação de Karina Nathércia Sousa Lopes, ao observar o fenômeno da judicialização excessiva na América Latina e apontar a proatividade da Advocacia Pública como uma das alternativas viáveis para a resolução dos conflitos entre poderes estatais com o objetivo de reequilibrar a balança dos freios e contrapesos desenhada pelas constituições modernas. Essa é também uma preocupação apresentada no artigo de Silvia Follain de Figueiredo Lins diante do protagonismo desempenhado pelas decisões e comportamento do Supremo Tribunal Federal na definição de questões políticas e sociais fundamentais do país. Distanciando-se da perspectiva que enxerga no Tribunal um

ator iluminista que lançará mão de seus atributos para fazer avançar a história rumo a padrões civilizatórios tidos como mais avançados, a autora apresenta o quadro de certo desencanto com a democracia e as instituições representativas e o modo como seus efeitos se refletem na imagem do STF e seu papel de árbitro de conflitos com alta densidade político-constitucional.

Essas são reflexões que dialogam profundamente com a tradição analítica que se construiu com a observação de métodos hermenêuticos típicos à tarefa de interpretar a Constituição com o objetivo de dar máximo alcance aos direitos fundamentais, como relembrou o artigo de Omar Serva Maciel. Porém, como afirma o próprio autor, as próprias posições diante do texto – algumas críticas e outras excessivamente entusiasmadas, podem resultar no fechamento da compreensão sobre as possibilidades da própria Constituição, o que demandaria, por sua vez, a postura de um constitucionalismo adequado capaz de realizar a vontade de constituição, conceitos sobre os quais também a função da advocacia pública se reflete.

A inegável qualidade dos artigos que compõem este volume comemorativo das Publicações da Escola da AGU é reveladora do valioso quadro de pessoal que a instituição foi capaz de construir nos seus 25 anos de trajetória. Esse patrimônio não foi construído à toa, ele é também fruto do incentivo contínuo à capacitação, aperfeiçoamento profissional e inúmeros cursos planejados com muito zelo pela Escola da Advocacia-Geral da União Victor Nunes Legal que em novembro do corrente completou 18 anos, e com o lançamento do seu Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Estado de Direito e Advocacia Pública dá mostras de que a maioria é igualmente uma evidência da consolidação de uma AGU forte e que muito há de contribuir para o desenvolvimento do país e o fortalecimento da cidadania dos brasileiros.

A todos uma boa leitura!

Brasília, 30 de novembro de 2018.

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho  
Coordenador da Escola da AGU no Distrito Federal

---

**AÇÕES REGRESSIVAS ACIDENTÁRIAS DO INSS  
FRENTE À RESPONSABILIDADE CIVIL DOS  
EMPREGADORES: A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-  
GERAL DA UNIÃO EM CONSONÂNCIA COM AS  
DIRETRIZES CONSTITUCIONAL E INFRALEGAL**

---

***ACCIDENTARY ACTIONS OF THE INSS IN RESPECT OF  
THE CIVIL LIABILITY OF EMPLOYERS: THE ACTION OF  
THE UNIVERSAL ADVOCACY IN COMPLIANCE WITH THE  
CONSTITUTIONAL AND INFRARED LEGAL GUIDELINES***

**TEMAS: DESTAQUES DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA  
NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

*Gabriel Cavalcante Cortez*

*Acadêmico do 3º ano do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Estagiário na Advocacia-Geral da União (AGU) – Procuradoria Seccional Federal em Londrina/PR (PSF/LDA). Colaborador e membro de diversos projetos de pesquisa e formação complementar vinculados à UEL. Monitor do curso de especialização em Direito Previdenciário pela UEL*

*Marcus Alexandre Alves*

*Procurador Federal em Londrina/PR. Especialista em Direito Público pela UnB. MBA em Gestão Pública pela FGV*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Fundamento Constitucional e Infra Legal das Ações Regressivas e seus Desdobramentos; 2 A Caracterização da Responsabilidade Civil Subjetivo do Empregador; 3 Atuação da AGU para Ressarcir os Cofres Públicos; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A pretensão deste trabalho está associada a analisar as ações regressivas acidentárias do INSS, representado em Juízo pela AGU, em face da responsabilidade civil subjetiva dos empregadores. A morte ou a lesão do trabalhador pode ensejar a concessão das prestações sociais acidentárias. A busca pelos valores concedidos a título dessas prestações está intimamente ligada ao ressarcimento do erário. Alude-se aos sustentáculos normativos utilizados como fundamento das ações regressivas acidentárias. Esboça-se sobre a responsabilidade civil subjetiva e seus elementos essenciais para a caracterização do dever de ressarcimento. Busca-se perquirir a atuação da Advocacia-Geral da União no ajuizamento de tais ações, em consonância com as diretrizes constitucional e infra legal. Ressalta-se o entendimento jurisprudencial acerca da temática, ressaltando o posicionamento dos magistrados federais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ação Regressiva Acidentária. Advocacia-Geral da União. Direito Civil. Direito Constitucional. Direito Previdenciário. Instituto Nacional do Seguro Social. Responsabilidade Civil. Ressarcimento.

**ABSTRACT:** The intention of this work is associated to analyze the regressive actions of the INSS, represented by AGU, in the face of subjective civil liability of employers. The granting of incidental social benefits affects the employee and his / her dependents. The pursuit of the values given in terms of occupational health and safety is closely linked to the reimbursement of the treasury. It refers to the normative pillars used as the basis for accidental regressive actions. It outlines the subjective civil liability and its essential elements for the characterization of the duty to make reparation. It seeks to investigate the actions of the Attorney General's Office in the filing of such actions, in accordance with the constitutional and infralegal directives. It emphasizes the jurisprudential understanding on the subject, emphasizing the position of the federal magistrates.

**KEYWORDS:** Accidental Regressive Action. Advocacy-General of the Union. Civil Law. Constitutional right. Social Security Law. National Institute of Social Security. Civil responsibility. Refund.

## **INTRODUÇÃO**

A redução dos riscos inerentes ao trabalho, elencado como um direito social na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, decorre diretamente dos próprios fundamentos da própria República, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

As políticas públicas destinadas à concretização desse direito têm sua ênfase na criação de uma cultura de prevenção de acidentes, mas também preveem medidas de amparo ao trabalhador vitimado por um infortúnio laboral, tais como a concessão de prestações sociais.

As ações regressivas acidentárias movidas pela Advocacia-Geral da União, representando o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face dos empregadores negligentes quanto ao cumprimento das normas de segurança, estão inseridas nas medidas adotadas pelo Poder Público após a ocorrência do acidente, com a precípua função de obter ressarcimento das despesas com a concessão de prestações sociais acidentárias.

Nesse contexto, serão examinadas as diretrizes constitucional e infra legal atinentes à matéria em face da atuação Advocacia-Geral da União nas ações regressivas acidentárias perante o Judiciário brasileiro.

## **1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRALEGAL DAS AÇÕES REGRESSIVAS E SEUS DESDOBRAMENTOS**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou como direitos fundamentais a vida e o acesso à saúde em suas diversas manifestações. Estes direitos trazem à baila a característica cidadã do diploma constitucional, preocupado com os resguardos normativos da população em deveres e obrigações mínimas para o correto desenvolvimento normal da pessoa em sociedade. A expressa constatação da letra normativa vincula obrigatoriamente o Poder Público em efetivá-lo. No tocante ao direito à vida, à saúde e à integridade física da pessoa, a Constituição informa:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...]

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Dentre as atuações dos direitos mencionados estão aqueles inseridos dentro do ambiente laboral do cidadão, quer seja trabalhador urbano, quer seja rural. A redução dos riscos inerentes ao trabalho e as condutas desenvolvidas para fiscalizar e minimizar a ocorrência de falhas por parte do empregador, da atividade e do próprio trabalhador ocorrem à medida que os programas de prevenção de riscos ambientais são concretizados.

Entretanto, quando ocorre um acidente de trabalho envolvendo o segurado da Previdência Social, cabe a esta implementar alguma prestação acidentária (MACIEL, 2015).

As prestações sociais acidentárias são concedidas aos trabalhadores ou dependentes destes na forma de serviços ou benefícios. Serviços consistem, preponderantemente, na reabilitação profissional do trabalhador, tal como estabelecido na Lei 8.213/91, art. 89, parágrafo único. Os benefícios, por seu turno, são prestação pecuniárias de trato sucessivo, tais como as aposentadorias por invalidez, pensões por morte, auxílios-doença ou acidente, previstos na Seção V da Lei 8.213/91.

Após a análise do acidente, a verificação da culpa do empregador quanto aos deveres de fiscalização da saúde e segurança do trabalho enseja a propositura de ação regressiva acidentária, como mecanismo de ressarcir o erário. A configuração da culpa do empregador em suas corriqueiras facetas – negligência, imprudência ou imperícia – chama ao processo o instituto da responsabilidade civil subjetiva, importante instrumento de ressarcimento dos cofres públicos.

A respeito da inserção civilista da responsabilidade civil<sup>1</sup> em matéria originalmente constitucional, explica o procurador federal Rodrigo Medeiros LÓCIO (2017, p. 292):

---

1 Código Civil: 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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente

[...] o Direito Civil-Constitucional propõe uma nova interpretação do direito privado para que todo e qualquer instituto jurídico se vincule aos dogmas da constituição. Bem por isso, passaram os civilistas modernos a se preocupar com os princípios e os objetivos constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana e construção do bem-estar social, razão pela qual, neste novo marco, a questão da função social é intrínseca ao estudo de todos os institutos jurídicos.

Permeia, como ressalvado pelo autor, os princípios norteadores da Constituição Cidadã no âmbito das relações privadas-patrimonialistas de outrora. Dignidade da pessoa humana, bem-estar social, justiça social e a função social adentram no estudo do caso em tela para ressaltar ao interesse público à medida que melhor favoreça e atenda aos seus interesses, qual seja receber os valores pagos a título de prestações sociais acidentárias a trabalhadores de empresas cuja culpa torna-se demonstrada nos autos do processo que tramita junto à Justiça Federal.

A Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, aborda os aspectos atinentes ao acidente do trabalho. “*In verbis*”<sup>2</sup>:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico 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.

§ 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

[...]

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.

---

os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.  
Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

2 Nestes termos, expressão latina.

Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.

A aludida lei define o que consiste acidente de trabalho, podendo ser qualquer óbice que provoque morte, lesão ou perturbação corporal ou mental que atrapalhe o correto desenvolvimento do labor do trabalhador. A perda da vida ou incapacidade permanente ou transitória do trabalhador enseja a concessão de prestações sociais acidentárias. A empresa detém a maior quantidade de responsabilidade no que concerne à fiscalização de medidas protetivas de segurança da saúde do trabalhador e do ambiente de trabalho, e caso seja aferida pelos órgãos de fiscalização ou pela perícia alguma das modalidades de culpa, a Advocacia-Geral da União, representando o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, entrará com ação regressiva.

Através da ação regressiva busca-se, portanto, o ressarcimento das despesas resultantes do acidente de trabalho, consistentes na concessão dos já mencionados benefícios e serviços. A propositura da ação é necessária quando restar evidenciado, em procedimento de instrução prévia, a falta de cuidado da empresa quanto ao cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalho.

O juiz trabalhista Reginaldo MELHADO (*apud* MACIEL, 2015, p. 23) entende que se as normas de segurança e higiene do trabalho não foram cumpridas pelo empregador, ele deve ressarcir a Previdência Social. A caracterização da culpa do empregador é quesito imprescindível para a propositura em juízo das ações regressivas intentadas pelo INSS. Verifica-se a falta do dever objetivo necessário para com a área econômica explorada, a ser estudada a seguir.

## **2 A CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO EMPREGADOR**

O estudo da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, sendo a reparação dos danos algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito (VENOSA, 2017). Compete à natureza da obrigação ou do direito determinado a reparação sempre que possível ou o ressarcimento em montante pecuniário. O rompimento com o dever de cuidado não pode deixar a vítima suportar o ônus; sempre que possível é necessário converter o efeito danoso em perdas e danos.

Em regra, a responsabilidade civil do empregador é subjetiva. A correta verificação equacional onde há agente, conduta comissiva ou omissiva, dano, nexa causal e culpa/dolo caracterizam a subjetividade

desta modalidade de reparação de prejuízos. A culpa é ilustrada através das modalidades emprestadas do Direito Penal: imprudência, negligência e imperícia. Por imprudência entende-se o fazer em excesso, onde há exacerbada prática acima dos limites básicos de cautela. Negligência, por sua vez, corresponde à falta de observância ao dever de cuidado, expresso por conduta omissiva. A imperícia, por seu turno, decorre da ausência de conhecimento necessário para a normal realização de uma atividade.

A pretensão ressarcitória presente em sede de ação regressiva acidentária está embasada na conduta culposa do empregador ou do contratante. Deveras salutar que a culpabilidade por um acidente de trabalho não decorre de condutas isoladas, mas sim de múltiplos fatores causais que, conjugados, desencadeiam os eventos infortunisticos (MACIEL, 2015).

Em atividades onde os níveis de insalubridade e periculosidade são demasiadamente evidentes, a teoria do dano objetivo ou do risco pode encontrar morada. É reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável/agente, uma vez que o próprio ofício acarreta junto de si altas probabilidades de resultados danosos. Nesses casos, prescinde-se totalmente da prova da culpa, bastando que haja relação de causalidade entre a ação e o dano (GONÇALVES, 2007).

O nexo de causalidade é o elo fundamental para a caracterização da responsabilidade civil, e a constatação de uma das três condutas de culpa demonstra a violação subjetiva ao dever de cuidado à saúde e à harmonia do ambiente de trabalho.

Vinculando o instituto originalmente civilista, o professor Miguel HORVATH JÚNIOR (*apud* ALVES, 2011, p. 219) preceitua com notável precisão:

A ação regressiva tem natureza indenizatória, visando reparar o dano causado pelo empregador ou por terceiro. [...] A responsabilidade civil que fundamenta a ação regressiva surge em virtude do não cumprimento (omissivo ou comissivo) das normas de prevenção, caracterizando o ato ilícito (aquele praticado em desacordo com a norma jurídica destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão). A responsabilidade no caso é subjetiva, ou seja, para sua caracterização é necessária a comprovação da culpa ou dolo do empregador.

O fato resultante da não observância dos parâmetros adequados de segurança pelo empregador enseja a concessão de prestações sociais acidentárias à vítima ou aos seus dependentes. No entanto, a autarquia

previdenciária federal entrará com ação de cobrança aos valores gastos com tal benefício se houver a presença de culpa pelo empregador. A subjetividade parte do não acatamento de normas e disposições obrigatórias para o correto exercício dos serviços inerentes à área econômica explorada, especialmente das normas regulamentadoras editadas pelo Ministério do Trabalho.

Em face da responsabilidade dos empregadores a Advocacia-Geral da União, por meio de suas Procuradorias Federais, ajuíza as ações de cobrança para reaver os recursos destinados à concessão de prestações sociais acidentárias concedidos aos trabalhadores de empresas negligentes. A respeito disso, tendo em mira a recente análise jurisprudencial, verifica-se a seguir a atuação jurídica em defesa ao interesse público.

### 3 ATUAÇÃO DA AGU PARA RESSARCIR OS COFRES PÚBLICOS

É cada vez mais frequente o ajuizamento de ações perante na defesa da autarquia previdenciária federal com vistas a receber a parcela considerável de verba pública destinada à manutenção das prestações sociais acidentárias destinadas ao empregado vítima do acidente e/ou aos seus dependentes. A ação regressiva acidentária é proposta junto à Justiça Federal, pois se trata de uma causa cujo polo ativo é integrado por uma autarquia federal, com fulcro na primeira parte do art. 109, I, da CF/88 (MACIEL, 2015).

Além de seu desiderato reparatório, a ação regressiva acidentária também possui objetivos sancionatórios e pedagógicos, eis que o empregador negligente sofrerá quantas sanções forem precisas para que se conscientize e invista em [efetivas] medidas de segurança e saúde do trabalhador (ALVES, 2011). Acaba sendo mais vantajoso para o empregador arcar com os custos diários e mensais da segurança do ambiente laboral a ter de indenizar a quantia devida ao INSS, com juros e correções.

Em 2014, o Ministério do Trabalho e da Previdência Social (MTPS) realizou um levantamento quantitativo a respeito dos acidentes de trabalho, e o resultado disparou. As estatísticas brasileiras contabilizam: 704.136 acidentes do trabalho registrados; 2.783 mortes (aproximadamente 8 por dia; 240 por mês) e 82 acidentes/doenças ocupacionais a cada hora. Durante o Seminário Nacional do Dia em Memória das Vítimas de Acidentes e Doenças do Trabalho, ocorrido em 2016, o representante da Força Sindical no Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS), Antonio Cortez Moraes, informou que as ações regressivas acidentárias levam em conta os acidentes e mortes notificadas, sendo necessário voltar o olhar para as notificações não são feitas por conta da informalidade

do trabalho, dados não computados que tornam o cenário ainda mais preocupante<sup>3</sup>.

Tendo em vista a importância do tema, a atuação da Advocacia-Geral da União no ajuizamento das ações regressivas acidentárias tem demonstrado bons agouros para o ressarcimento do erário.

Até meados do mês de abril de 2017 a AGU contabilizou cerca de 500 (quinhentas) ações regressivas protocoladas somente naquele ano. O número elevado reflete as baixas condições de segurança e saúde do trabalho disponibilizadas aos trabalhadores por seus empregadores. O intento consiste em recuperar a verba pública gasta com a concessão de benefícios como auxílio-doença, auxílio-acidente ou pensão por morte pagos ao segurado ou beneficiário do INSS.

As 4,5 mil ações ajuizadas nos últimos anos pela AGU contra empresas que foram responsabilizadas subjetivamente pelos acidentes de funcionários podem resultar na recuperação de quase R\$ 1 bilhão aos cofres da Previdência. Cerca de R\$ 28 milhões já foram ressarcidos<sup>4</sup>.

A título de exemplo, junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), a atuação da Advocacia-Geral da União, representando o Instituto Nacional do Seguro Social, vem recebendo amparo em consonância com os ditames legais. A ênfase do sucesso, além da efetividade da atuação e da boa instrução processual, está atrelada na perspectiva funcional de proteção ao interesse público e ao real papel do empregador em promover os cuidados necessários para com seus trabalhadores e empregadores. *“In verbis”*:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS. ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 120 DA LEI 8.213/91. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CULPA DA EMPRESA RECONHECIDA. [...]. Consoante prescreve o artigo 120 da Lei nº 8.213/91, “*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*”. Evidenciada a culpa da empresa demandada no acidente de trabalho sofrido pelo segurado, notadamente por não adotar as medidas de segurança adequadas, a procedência do pedido é medida que se impõe. (TRF4, AC 5001238-65.2016.4.04.7111, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 12/10/2017) (Grifo nosso).

3 Disponível em: <<http://www.fsindical.org.br/forca/acoes-regressivas-acidentarias-foi-tema-de-seminario-no-conselho-de-previdencia>>.

4 Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/540795](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/540795)>.

No processo em questão fora reconhecida a culpa da empresa diretamente relacionada ao acidente de trabalho gerador da concessão de uma prestação social acidentária. A esta constatação chama-se nexo de causalidade, vínculo necessário e essencial para a configuração da responsabilidade subjetiva do empregador. Por conta da falta de seu dever de cuidado, o empregador deverá ressarcir o INSS os valores dispendidos a título de benefício concedido ao seguro em razão do acidente havido.

Em outra decisão do TRF-4, acerca de um acidente de grande repercussão nacional, ocorrido em uma boate no estado do Rio Grande do Sul, a Colenda Turma assim decidiu:

ADMINISTRATIVO. *AÇÃO REGRESSIVA. ART. 120 DA LEI Nº 8.213/91. ACIDENTE DE TRABALHO. NORMAS DE SEGURANÇA. NEGLIGÊNCIA DA EMPREGADORA. A constitucionalidade do artigo 120 da Lei nº 8.213/91 restou reconhecida por esta Corte, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 1998.04.01.023654-8. Portanto, se o benefício é custeado pelo INSS, este é titular de ação regressiva contra o responsável negligente, nos termos do artigo 120 da Lei nº 8.213/91, sem que tal previsão normativa ofenda a Constituição Federal. O fato das empresas contribuírem para o custeio do regime geral de previdência social, mediante o recolhimento de tributos e contribuições sociais, dentre estas àquela destinada ao seguro de acidente de trabalho - SAT, não exclui a responsabilidade nos casos de acidente de trabalho decorrentes de culpa sua, por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho. O artigo 120 da Lei nº 8.213/91 é claro ao vincular o direito de regresso da autarquia previdenciária à comprovação da negligência por parte do empregador quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho, indicadas para a proteção individual e coletiva. No caso concreto restou comprovado que o estabelecimento (boate) estava funcionando com alvará vencido, que a lotação era superior à capacidade do local, que o número de saída era insuficiente para o contingente de frequentadores, que não havia saídas alternativas, nem sinalização adequada, bem como o uso inadequado de materiais de revestimento do prédio, sem projetos e execução de profissional habilitado, extintores de incêndio inoperantes, portanto comprovado atos concretos dos réus que culminaram no sinistro. No que tange a alegação da empresa de que não possuía gerência sobre a tomadora dos serviços tal fato é irrelevante, pois sua responsabilidade recai sobre o pessoal da segurança que não tinham treinamento adequado, em especial em casos de incêndio/tumulto, sobre práticas de prevenção (manuseio extintor incêndio/mangueiras de água), portanto resta caracterizado sua responsabilidade solidária na condenação [...]. (TRF 4, AC 5004784-63.2013.4.04.7102, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 04/04/2018). (Grifo nosso).*

Em atenção ao caso em tela, restou comprovada a negligência da empresa em não promover a adequação dos cuidados necessários segundo às normas padrão de segurança e higiene do trabalho. Muitos funcionários e clientes da boate morreram ou ficaram incapacitados em decorrência de um incêndio que poderia ter sido evitado<sup>5</sup>. Os dizeres do art. 120 da Lei nº 8.213/91 são claros, onde o magistrado relator do caso baseia fundamentalmente sua decisão em consonância com este dispositivo.

#### 4 CONCLUSÃO

A atuação da Advocacia-Geral da União, representando o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS nas ações regressivas acidentárias, insere-se no contexto constitucional de proteção à vida, à saúde e à integridade da pessoa no meio ambiente do trabalho.

Sendo assim, esta atuação se dá em consonância com as diretrizes constitucionais atinentes à matéria, na medida em que colabora com a redução dos riscos relacionados ao trabalho e da criação de uma cultura de prevenção de acidentes. Os parâmetros infra legais, diretamente relacionados ao desiderato ressarcitório da ação, dizem respeito à responsabilidade civil e ao próprio poder-dever buscar o ressarcimento das despesas com a concessão de prestações sociais acidentárias, conforme prevê o artigo 120 da Lei 8.213/91.

As pretensões regressivas deduzidas em Juízo vêm recebendo amparo do Poder Judiciário, em consonância com os ditames constitucionais legais, revelando a efetividade da atuação e da boa instrução processual levada a efeito pelas Procuradorias Federais.

#### REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *AGU cobra na Justiça R\$ 1 bilhão de empresas negligentes com segurança do trabalho*. AGU.gov.br., 28 abr. 2017. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/540795](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/540795)>. Acesso em: 13 maio 2018.

ALVES, Marcus Alexandre. *A Ação Regressiva Acidentária e a Prescrição da Pretensão Indenizatória do Instituto Nacional do Seguro Social*. *Revista da AGU*, v. 28, n. 2, p. 215-242, abr./jun. 2011.

5 “Os quatro ex-sócios da Boate Kiss, o ex-chefe de segurança e a empresa Santo Entretenimento foram condenados a ressarcir o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) dos valores gastos com auxílio-doença e pensão por morte de funcionários que trabalhavam na casa noturna no dia da tragédia, ocorrida em 27 de janeiro de 2013”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/ex-socios-kiss-ressarcir-inss-gastos-auxilio-doenca>>.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF. Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 maio 2018.

\_\_\_\_\_. *LEI N° 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 06 maio 2018.

\_\_\_\_\_. *LEI N° 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 06 maio 2018.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. A Ação Regressiva Acidentária do INSS, sua Natureza Jurídica e os Tribunais. *Revista da AGU*, v. 34, n. 4, p. 275-301, out./dez. 2012. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/96>>. Acesso em: 06 maio 2018.

CONSULTOR JURÍDICO. *Ex-sócios da boate Kiss devem ressarcir INSS por gastos com auxílio-doença*. Conjur.com.br., 05 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/ex-socios-kiss-ressarcir-inss-gastos-auxilio-doenca>>. Acesso em: 13 maio 2018.

FORÇA SINDICAL BRASIL. *Ações regressivas acidentárias foi tema de Seminário no Conselho de Previdência*. F Sindical.org.br, 04 maio 2016. Disponível em: <<http://www.fsindical.org.br/forca/acoes-regressivas-acidentarias-foi-tema-de-seminario-no-conselho-de-previdencia>>. Acesso em: 13 maio 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÓCIO, Rodrigo Medeiros. As Novas Ações Regressivas do INSS: uma análise sob a ótica do direito civil-constitucional e da função social da responsabilidade civil. *Revista da AGU*, v. 16, n. 3, p. 287-302, jul./set. 2017. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/831>>. Acesso em: 06 maio 2018.

MACIEL, Fernando. *Ações Regressivas Acidentárias*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF-4). *Apelação Cível*. AC:5001238-65.2016.4.04.7111. Relatora: Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. DJ: 11/10/2017. Portal da Justiça Federal da 4ª Região, 2018.

Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php)>. Acesso em: 06 maio 2018.

\_\_\_\_\_. *Apelação Cível. AC:5002320-57.2013.4.04.7008*. Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. DJ: 20/03/2018. Portal da Justiça Federal da 4ª Região, 2018. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/560316087/apelacao-civel-ac-50023205720134047008-pr-5002320-5720134047008/inteiro-teor-560316162>>. Acesso em: 06 maio 2018.

\_\_\_\_\_. *Apelação Cível. AC:5004784-63.2013.4.04.7102*. Relator: Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. DJ: 04/04/2018. Portal da Justiça Federal da 4ª Região, 2018. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/563425721/apelacao-civel-ac-50047846320134047102-rs-5004784-6320134047102/inteiro-teor-563425751>>. Acesso em: 06 maio 2018.

UBIALI, Nelson Attílio. *Provérbios e Expressões do Latim com 380 expressões e adágios de Direito*. Londrina: Eduel, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



---

# **EM BUSCA DO EQUILÍBRIO FEDERATIVO: O TETO DE CRESCIMENTO DE GASTOS DA LC 156/2016 E A CRISE FISCAL DOS ESTADOS-MEMBROS**

*IN SEARCH OF THE FEDERATIVE BALANCE: THE GROWTH CEILING OF LC 156/2016 AND THE FISCAL CRISIS OF THE MEMBER STATES*

---

*Hilyn Hueb*  
*Procuradora da Fazenda Nacional*  
*Consultora da União*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A promulgação da Constituição de 1998 e a mudança do paradigma federativo; 2 A retomada da centralização e a Lei Complementar nº 156/2016 sob a perspectiva do federalismo fiscal; 3 O alcance do art. 4º da Lei Complementar nº 156/2016 e o respeito à autonomia financeira; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O pacto federativo delineado na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional n° 1 de 1969, com forte protagonismo do governo federal, foi relativizado com a promulgação da Constituição de 1988, que promoveu uma profunda transformação no quadro das relações federativas. Embora o federalismo de equilíbrio fosse um dos objetivos da Nova República, a experiência pós-1988 demonstrou que os impasses macroeconômicos e a dificuldade na gestão das contas públicas têm enfraquecido o processo de descentralização conduzido pelo poder constituinte. O Plano de Auxílio aos Estados e Distrito Federal, instituído pela Lei Complementar n° 156/2016, prevê regra de teto de crescimento dos gastos desses entes que impede o aumento das despesas primárias correntes para além da variação do IPCA anual. Esse instrumento fiscal impõe um planejamento cuidadoso aos entes que aderirem ao Plano, estimula a construção de relações intergovernamentais mais equilibradas, reforça a autonomia financeira desses entes e reduz o grau de dependência dos governos subnacionais em relação à esfera federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pacto Federativo. Federalismo de Equilíbrio. Crise Fiscal dos Estados. Lei Complementar n° 156/2016. Teto de Crescimento de Gastos.

**ABSTRACT:** The federative pact present in the 1967 Constitution and the Constitutional Amendment No. 1 of 1969, with a strong role of the federal government, was relativized with the promulgation of the 1988 Constitution, which promoted a profound transformation in the framework of federal relations. Although equilibrium federalism was one of the New Republic's objectives, post-1988 experience has shown that macroeconomic impasses and the difficulty in managing public accounts have weakened the process of decentralization led by the constituent power. The Plan of Assistance to the States and Federal District, instituted by Complementary Law No. 156/2016, establishes a ceiling rule for the growth of the expenses of these entities that prevents the increase of the current primary expenses beyond the annual IPCA. This fiscal instrument imposes careful planning on entities that adhere to the Plan, stimulates the construction of more balanced intergovernmental relations, enhances the financial autonomy of entities and reduces the degree of dependence of subnational governments on the federal level.

**KEYWORDS:** Federal Pact. Balance Federalism. Fiscal Crisis of the States. Complementary Law N. 156/2016. Ceiling of Expenditure Growth.

## INTRODUÇÃO

Os Estados brasileiros vivem um momento de grave crise financeira que se intensificou a partir de 2015. A *débâcle* das contas públicas impacta os serviços básicos e paralisa projetos de investimento. Faltam recursos para o custeio da saúde, educação e segurança pública, assim como para o pagamento da folha de salários.

Tratativas entre União e Estados-membros envolvendo renegociação de dívidas e outras medidas de apoio estão em evidência no momento após a edição da Lei Complementar nº 156, de 28 de dezembro de 2016, que estabelece o Plano de Auxílio aos Estados e ao Distrito Federal e medidas de estímulo ao reequilíbrio fiscal.

É de se notar, contudo, que parte dos benefícios fiscais ofertados pela União àqueles que aderirem ao Plano estão rigorosamente condicionados à implementação, pelos entes beneficiados, de um teto ao crescimento das despesas primárias correntes durante dois exercícios financeiros, teto esse vinculado à variação da inflação segundo o IPCA.

Nesse cenário, despontam vários questionamentos acerca da legitimidade da União para exigir essa espécie de contrapartida dos entes estaduais e distrital, bem como da própria constitucionalidade da medida, em razão de possível ofensa à autonomia financeira dos entes subnacionais, com repercussão negativa sobre o pacto federativo.

Por sua relevância e atualidade, o tema merece um estudo mais detalhado sob a perspectiva do contexto atual do federalismo brasileiro, destacando os motivos que levaram a criação do teto de crescimento de gastos estaduais e distritais e o alcance desse instrumento fiscal.

## 1 A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A MUDANÇA DO PARADIGMA FEDERATIVO

Após a proclamação da República, a forma federativa de Estado foi encampada no texto de todas as Constituições brasileiras. Embora o federalismo nacional esteja arraigado na história constitucional brasileira desde 1891, a evolução de sua trajetória não foi linear, tendo se ajustado às necessidades e à forma de governo de cada época.

Desde a institucionalização do regime federativo no Brasil, tem havido uma constante alternância entre períodos de maior centralização do poder político na esfera federal e outros de avanços da tendência descentralizadora, com a valorização das demais unidades da federação no âmbito da organização político-administrativa do Estado brasileiro. A história recente do país demonstra esse movimento de maior centralização

seguido de descentralização do poder, quando se observa o regime militar e o processo de transição para a democracia.

Associado ao autoritarismo do regime militar, o modelo federativo adotado na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, impôs uma centralização intensa do poder político e financeiro na esfera federal, a ponto de enfraquecer a própria concepção de federalismo e suas instituições.

Com capacidade tributária reduzida e desprovidos de recursos, os governos subnacionais passaram a depender dos repasses federais, bem assim da contratação de empréstimos externos e de operações de crédito interno com empresas e bancos estaduais para o custeio de suas despesas. Houve uma expansão significativa do endividamento do setor público, já que “O acesso aos financiamentos foi a saída dos estados e municípios para superar o limite fiscal imposto pelo arranjo tributário das Reformas de 1964 e potencializar o poder de gasto”, conforme explica LOPREATO (1997, p. 96).

A dependência de empréstimos externos e do acesso a recursos internos – originários, em grande medida, dos fluxos financeiros dos bancos, órgãos e agências oficiais federais – alterou significativamente a estrutura de financiamento estadual. O total dos gastos estaduais passou a ser definido não somente pelo montante dos recursos arrecadados, mas também pela capacidade de alavancar outras receitas por meio da cadeia de relações financeiras mantida com a esfera federal e no interior dos próprios governos estaduais. Assim, as articulações financeiras dos Estados com a União e com as empresas e bancos estaduais tornaram-se fator relevante no modelo adotado nas relações entre os entes federativos.

A partir de 1970, os efeitos do choque do petróleo atingiram diretamente a economia brasileira, resultando no aumento da inflação e na diminuição da taxa de crescimento. Essa situação foi agravada com a eclosão da crise mundial do petróleo em 1979 e com o aumento excessivo dos juros internacionais. Com isso, os entes passaram a ter dificuldades de acesso ao financiamento externo e o desajuste fiscal do regime militar ficou em evidência, sacrificando a economia brasileira com excesso de endividamento e hiperinflação. Ante tais circunstâncias, o papel do Estado e a centralização do poder passaram a ser questionados, aprofundando o anseio pela redistribuição do poder central.

Nos últimos anos do governo militar, teve início um processo de abertura política, intensificado no governo Geisel, que culminou na elevação do fundo de participação das unidades federativas e, posteriormente, na realização de eleições diretas para os governos estaduais em 1982.

Com o movimento de redemocratização, o fortalecimento das bases do federalismo e a descentralização do poder na nova Constituição passaram a ser tratados como instrumentos estratégicos e indispensáveis à consolidação da própria democracia.

A Constituição de 1988, atendendo os anseios democráticos de descentralização política e de recursos, promoveu uma profunda transformação no quadro das relações federativas, relativizando o protagonismo do governo federal e incrementando o poder dos governos subnacionais. Até então a tendência dominante de centralização do modelo federativo sempre fora tratada como consequência natural e inerente ao federalismo de segregação e centrífugo que deu origem ao Estado federal brasileiro, relativizada por certos avanços e recuos de descentralização ao longo da história.

Nesse ponto, a nova ordem constitucional inovou ao estabelecer o federalismo de equilíbrio como objetivo da República Federativa do Brasil no art. 3º da Constituição. Em linhas gerais, a repartição equitativa e equilibrada de poderes entre o governo central e os governos subnacionais é pressuposto do federalismo de equilíbrio, conforme bem observa Luiz Gonzaga Pereira Neto:

O equilíbrio federativo é o resultado de uma justa e igualitária divisão de competências e receitas a fim de que os entes estatais possam garantir seu próprio desenvolvimento. Para um completo entendimento de equilíbrio federativo, devemos ressaltar dois prismas distintos de verificação do problema: num primeiro plano, estaria a garantia de auto-organização, auto-governo e auto-administração, respeitados obviamente os princípios prescritos na Super lei, que dá legitimidade às demais normas jurídicas: num segundo plano, encontraríamos uma distribuição equitativa de competências e de receitas, tornando o modelo brasileiro mais coerente com os fins que se propõe.

Certo é que sob a influência do sentimento de redemocratização, o constituinte consolidou as estruturas do federalismo, assegurando capacidade de autoadministração, autogoverno e auto-organização e normatização própria a todos os entes federativos.

Os Estados, em especial, tiveram acréscimo significativo de seus poderes na Constituição. Sob o enfoque fiscal, expandiu-se a base de incidência do principal recurso estadual, o ICM, transformado em ICMS, ao incorporar vários tributos anteriormente de competência federal, tais como o imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos, energia elétrica, minerais, serviços de comunicação e transporte rodoviário.

Com isso, o ICMS foi fortalecido, elevando seu peso na carga tributária brasileira. Além disso, aumentou-se a participação dos Estados no produto da arrecadação do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados, por meio do Fundo de Participação dos Estados.

Reforçando a compreensão do redimensionamento fiscal concebido pela nova ordem constitucional, os dados trazidos por KUGELMAS E SOLA (1999, p. 69) assim dispõem sobre o tema:

Em consequência, a participação federal na receita disponível passa de 61% em 1989 para 56,4 % em 1996. A dos estados cresce de 25% a 27 % enquanto a parcela dos municípios sobe de 13,9% a 16,7% no mesmo período (Versano et alii, 1998). Segundo estimativas do Banco Mundial, a despesa estadual cresceu 33% entre 1986 e 1995, em termos reais, enquanto o crescimento do PIB foi de apenas 14% (cf. Dillinger & Webb, 1999, p.23)

É inquestionável que a Constituição de 1988 consolidou em nosso ordenamento jurídico a passagem de um federalismo extremamente centralizado – marca da Carta Política anterior – para a constitucionalização de diversas medidas de descentralização que buscam implantar o federalismo de equilíbrio almejado em seu artigo 3º.

Redistribuído o exercício do poder fiscal entre as unidades integrantes da Federação, não haveria, em tese, motivos para que as dificuldades e desequilíbrios fiscais dos entes subnacionais fossem suportados pela União por meio da federalização de dívidas ou da concessão de financiamentos, por exemplo. É de se ver, contudo, que a experiência pós-1988 demonstrou que os benefícios pretendidos pelas medidas de descentralização previstas na Constituição não se materializam de maneira automática.

## **2 A RETOMADA DA CENTRALIZAÇÃO E A LEI COMPLEMENTAR Nº 156/2016 SOB A PERSPECTIVA DO FEDERALISMO FISCAL**

Ao longo dos anos, o influxo das ideias de descentralização – que tanto influenciaram a Constituinte – tem perdido paulatinamente sua força à custa dos impasses macroeconômicos e da deficiente gestão das contas públicas levada a efeito pelos entes subnacionais.

A partir de 1990, o quadro fiscal agravou-se com a instabilidade econômica e a inflação galopante. Não havia equilíbrio entre as receitas e as despesas públicas e o anterior padrão de endividamento dos governos subnacionais estava em colapso, o que gerou dificuldades para o cumprimento dos compromissos financeiros por parte dos entes subnacionais.

Como decorrência da escassez de recursos, houve a retomada do caminho da recentralização dos poderes políticos e financeiros em favor da União cumulada com o aumento da dependência dos governos subnacionais, conforme se extrai do trabalho publicado por SILVA (2000, p.33):

A dívida que representou uma gestão mais autônoma no passado questiona a autonomia proposta pela Constituição de 1988. Na década de 90, em alguns casos, a dívida contratada no passado reforça as relações de dependência para com o governo central. A forma de endividamento ocorreu (reflexo em última instância das alternativas de crédito disponível), associada ao processo de crescimento da dívida, determinarão a trajetória, nos anos 90, do estoque inicial da dívida. Esta trajetória tem implicações sobre a autonomia dos governos estaduais e sobre o processo de descentralização.

Embora tenha aumentado a receita dos entes subnacionais com a redistribuição do poder fiscal após 1988, a crise fiscal das unidades federadas não estava solucionada pois os encargos da dívida devidos eram muito elevados, o que gerava consequências nefastas às contas públicas estaduais. O desequilíbrio financeiro e a ausência de uma efetiva implementação de mecanismos institucionais que visassem a aprimorar as finanças públicas, além de fragilizarem o sistema econômico-financeiro como um todo, prejudicavam diretamente a população local, que se via privada do ótimo funcionamento dos serviços públicos e das demais atividades do Estado.

No cenário internacional, era necessário superar o modelo desenvolvimentista até então praticado e *“reorientar o desenvolvimento brasileiro para um modelo mais globalizado, aberto às correntes de comércio e investimento internacionais, mais apoiado pelo setor privado e com um papel menor e mais indireto do Estado”*, segundo a análise de NETO (1990, p. 17).

Nesse contexto, a federação tinha como desafios a superação do desequilíbrio econômico provocado pelo modelo econômico anterior e a promoção de um conjunto de reformas macroeconômicas que trouxessem estabilidade e condições para que o país se integrasse à economia globalizada.

Para a União, era imperiosa a redução do déficit público, o controle do endividamento dos entes subnacionais e a implantação do programa de estabilização econômica. Nesse jogo político, a União assumiu o papel de minimizar a crise financeira dos entes subnacionais e, como contrapartida, pôde impor aos Estados e Municípios regras para o ajuste das contas públicas por meio dos programas de apoio financeiro.

Na contramão do processo de descentralização iniciado na Constituição de 1988, coube à União prestar socorro financeiro aos

Estados e Municípios por meio do refinanciamento das dívidas dos entes subnacionais em condições mais vantajosas. Com isso, buscou-se recuperar o equilíbrio das contas do setor público e diminuir o risco fiscal.

GIAMBIAGI E ALÉM (2000, p. 33) destacam, com propriedade, que “no Brasil a prática tradicional sempre foi a de tentar ‘empurrar’ a solução das dificuldades financeiras estaduais e municipais para a União, através de diferentes formas de ‘federalização’ do problema, o que nada mais é do que uma ‘socialização de perdas’”.

No período pós-1988, a União implementou alguns programas de saneamento financeiro dos Estados e Municípios, por meio da Lei nº 7.976, de 1989; Leis nº 8.388, de 1991, e nº 8.727, de 1993; Lei nº 9.496, de 1997; e Medida Provisória nº 2.118-31, de 2001. As condições financeiras e a abrangência das contrapartidas exigidas em cada um desses programas são bem distintas, mas a expectativa comum era a de que, a partir de sua execução, a União não seria mais demandada a auxiliar os entes subnacionais.

Todavia, novas tratativas entre a União e os Estados em relação à renegociação da dívida estadual e outras medidas de apoio se mostraram necessárias em razão da piora da situação fiscal dos entes subnacionais, depois de um período de relativa estabilidade econômica e alta taxa de crescimento.

Durante os anos 2000, as receitas provenientes dos impostos seguiram uma trajetória de crescimento vertiginosa, acompanhando a fase favorável do superciclo das commodities marcada pela aceleração do crescimento econômico dos países tradicionalmente exportadores de matérias primas e commodities internacionais, tais como o Brasil.

Nesse período, a arrecadação com impostos ascendeu de R\$ 116 bilhões em 2000 para R\$ 386 bilhões em 2011, mas esse fluxo positivo do preço das commodities e das receitas começou a esmorecer a partir de 2012, como se observa no quadro abaixo:



Fonte: Bloomberg e Receita Federal

Sucedee que, de forma concomitante ao crescimento das receitas públicas, os Estados aumentaram expressivamente suas despesas, notadamente os gastos com folha de pagamento de pessoal, conforme aponta a Secretaria do Tesouro Nacional em estudo referente ao período de 2009 a 2015 publicado na Nota Técnica de 27 de abril de 2016. Com a queda da arrecadação, os Estados e o Distrito Federal depararam-se com o desafio de lidar com os gastos públicos crescentes e o aumento do déficit público.

A análise da evolução das despesas dos Estados mostra forte aceleração dos gastos com folha de pagamento que se contrapõe à estabilidade da despesa com o serviço das dívidas, demonstrando que é a despesa com pessoal que contribui significativamente para a deterioração das contas públicas estaduais. O Gráfico 1 mostra o descolamento crescente do percentual do PIB gasto com pessoal e com o serviço das dívidas pelos Estados.

**Gráfico 1:** Despesas dos Estados com pessoal e com o serviço das dívidas em percentual do PIB



Fonte: STN

Releva notar que, ao analisar o desafio fiscal que o Brasil enfrenta atualmente, o Banco Mundial também aponta o rápido aumento das despesas correntes como causa para a atual insustentabilidade fiscal, conforme se extrai do Relatório lançado em 2017:

O Brasil enfrenta uma crise de sustentabilidade fiscal causada por uma tendência estrutural de aumentar as despesas correntes. Embora o aumento das despesas correntes tenha se mantido constante ao longo das duas últimas décadas, sua insustentabilidade foi ocultada pelo aumento contínuo das receitas durante o período de boom econômico entre 2004 e 2010. Contudo, fora desse período, o aumento das despesas

não foi acompanhado por um crescimento suficiente das receitas. Nos últimos anos, o déficit fiscal cresceu drasticamente como resultado da queda significativa das receitas causada pela recessão econômica.

Como resposta à crise financeira instaurada no âmbito estadual, foram editadas a Lei Complementar nº 148/2014, que altera a indexação dos contratos de refinanciamento da dívida celebrados com a União; a Lei Complementar nº 156/2016, que estabelece o Plano de Auxílio aos Estados e ao Distrito Federal e medidas de estímulo ao reequilíbrio fiscal; e a Lei Complementar nº 159/2017, que institui o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal.

Para restabelecer o equilíbrio fiscal, a Lei Complementar nº 156/2016 autoriza, entre outras medidas, a dilatação por até vinte anos do prazo para pagamento das dívidas estaduais e distrital refinanciadas com a União referentes à Lei nº 9.496/1997 e à Medida Provisória nº 2.192-70/2001, além das dívidas com recursos do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, bem como o diferimento, em vinte e quatro prestações, das parcelas vencidas e não pagas relativas aos meses de março a junho de 2016 e redução extraordinária de outras parcelas da dívida.

De modo a conter a elevação dos gastos públicos dos Estados e do Distrito Federal – um dos motivos apontados para a deterioração das contas públicas estaduais –, o art. 4º da Lei Complementar nº 156/2016 prevê a limitação do crescimento anual das despesas primárias correntes à variação da inflação segundo o IPCA durante dois exercícios financeiros, ressaltando dessa medida apenas as transferências constitucionais a Municípios e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP.

A Lei Complementar nº 156/2016, em linhas gerais, oferece condições mais vantajosas para o refinanciamento das dívidas dos Estados e do Distrito Federal e, como contrapartida, apresenta instrumento capaz de limitar temporariamente o crescimento das despesas primárias correntes com o propósito de reequilibrar as finanças dos entes que, por vontade própria, celebrarem termo aditivo referente a essa renegociação.

Sem essa espécie de contrapartida, o apoio financeiro concedido pela União não seria suficiente para evitar o surgimento de novos quadros de desequilíbrio fiscal dos entes estaduais e distrital, tampouco para impedir que o desajuste das finanças locais seja mais uma vez custeado por toda a Federação.

Toda medida destinada a institucionalizar mecanismos de aprimoramento das finanças públicas tem como propósito reforçar a autonomia financeira dos entes federativos pois, em sua essência, auxilia na redução do grau de dependência dos governos subnacionais em relação

à esfera federal. É preciso ter em mente que o equilíbrio federativo almejado pela Constituição só será concretizado se for posto em prática um processo de amadurecimento institucional que envolva necessariamente a consolidação fiscal dos entes da Federação.

Por isso, deve ser rechaçada qualquer tentativa de flexibilização ou de ampliação/criação de exceções à regra do art. 4º da Lei Complementar 156/2016, pois tal pretensão está em desacordo com o espírito do referido preceito legal e não contribui para o fortalecimento do pacto federativo tampouco para a construção de relações intergovernamentais mais harmoniosas.

### **3 O ALCANCE DO ART. 4º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 156/2016 E O RESPEITO À AUTONOMIA FINANCEIRA**

O limite para o crescimento das despesas primárias correntes previsto no art. 4º da Lei Complementar nº 156/2016 decorre do exercício da competência constitucional reservada a Lei Complementar nacional para dispor sobre finanças públicas, normas de gestão financeira e limites com gasto de pessoal, conforme preceituam os artigos 163, inciso I; 165, § 9º, II; e 169 da CRFB/1988.

Dentro desses limites constitucionais, o art. 4º da Lei Complementar nº 156/2016 estabelece, como já visto, que os entes estaduais e distrital celebrantes de termo aditivo para efeito de adesão ao Plano de Auxílio devem atender à limitação de crescimento das despesas primárias correntes aferida pelo IPCA durante dois exercícios financeiros para que lhes sejam assegurados os benefícios de dilação do prazo para pagamento das dívidas refinanciadas e de redução extraordinária da prestação mensal de que tratam os art. 1º e 3º.

A partir da leitura do texto legal é possível extrair que: i) a limitação de crescimento de gastos tratada no dispositivo incide, por apenas dois anos, sobre a categoria de despesas públicas classificadas como primárias correntes; e ii) as transferências constitucionais a Municípios e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP não se submetem a esse limite.

Em termos genéricos, as despesas primárias correntes são todas as despesas que não se enquadram na definição de despesas financeiras e não contribuem, diretamente, para a formação ou aquisição de um bem de capital. Em outras palavras, são gastos públicos que pressionam ou aumentam o endividamento líquido do ente em termos de resultado primário no exercício financeiro correspondente, sem ganho de capital.

A categoria das despesas primárias correntes compreende vários grupos de despesas públicas com finalidades distintas, a exemplo das

despesas com ativos e inativos, material de consumo, serviços de terceiros etc. Nesse ponto, interessante notar que o art. 4º da Lei Complementar nº 156/2016 não impõe que o teto de crescimento de gastos recaia, de forma isolada, sobre cada um desses elementos de despesa que compõem a categoria dos gastos primários correntes. Daí resulta que, para efeito de aplicação desse limite, interessa apenas o montante global das despesas primárias correntes.

Como não se avalia o crescimento isolado de cada uma das despesas primárias correntes, o ente estadual ou distrital beneficiado pelas medidas do Plano de Auxílio dispõe de plena liberdade para definir o montante necessário ao atendimento das próprias despesas e, ao mesmo tempo, prestar a contrapartida exigida no art. 4º da Lei Complementar nº 156/2016.

Dessa forma, preserva-se a autonomia financeira e política dos entes estaduais e distrital que, diante da variação do IPCA anual, podem gerir e alocar seus recursos segundo seus interesses e as necessidades locais. Não se concebe qualquer interferência da União nesse processo, eis que, como já assinalado, a base de cálculo para a incidência do referido limite é o gasto global do ente com as despesas primárias correntes.

Logo, nada obsta a que o ente estadual aumente os gastos com saúde e educação, segurança pública ou qualquer outra despesa primária corrente acima da variação do IPCA anual e, para fins de atendimento ao teto de gastos, reduza, por exemplo, os valores despendidos com diárias, aquisição de material de consumo ou qualquer outra despesa primária corrente.

Como se percebe, não é objetivo da contrapartida prevista no art. 4º da Lei Complementar nº 156/2016 reduzir ou limitar a capacidade de gestão e aplicação dos recursos orçamentários dos entes que, por vontade própria, celebram termo aditivo com a União. O teto de crescimento dos gastos estaduais e distrital não estabelece nenhuma diretriz a respeito de quais despesas primárias correntes devem ser reduzidas, de modo que o exercício de priorização das alocações de recursos compete exclusivamente aos entes estaduais e distrital.

Nesse processo, as escolhas do ente subnacional serão decisivas para a qualidade do ajuste fiscal e, por evidente, repercutirão na prestação dos serviços públicos à população local e no crescimento econômico. Por isso, é importante que se amplie o debate sobre as prioridades locais e os critérios para alocação das receitas estaduais e distrital no momento de elaboração dos orçamentos, reforçando assim as atividades de planejamento e a capacidade de induzir investimentos.

Note-se, por oportuno, que um dos atributos do teto de crescimento dos gastos é revelar os *trade-offs* existentes em matéria de despesa pública no âmbito dos entes que o adotaram, acrescentando notadamente à peça

orçamentária certo grau de realismo, com a limitação das despesas primárias correntes à variação da inflação.

É fato que o propósito do teto de gastos da Lei Complementar 156/2016 é incrementar a gestão das finanças públicas daqueles entes interessados nos benefícios do Plano de Auxílio, institucionalizando mecanismo de controle da trajetória de crescimento das despesas que, em certo grau, pressionam ou aumentam o endividamento líquido desses entes e não legam às futuras gerações qualquer ganho de capital. Essa regra fiscal contribui para o aperfeiçoamento da qualidade dos gastos públicos, além do controle do déficit financeiro dos entes.

Parece evidente que o cumprimento da aludida contrapartida exigirá dos entes estaduais e distrital cuidado maior na gestão das contas públicas, pois os recursos públicos – por óbvio – não são infinitos e a limitação do crescimento da categoria das despesas primárias correntes em questão demanda uma maior eficiência no gasto público para que, no mínimo durante dois exercícios financeiros, faça-se mais com menos como contrapartida aos benefícios disponibilizados no âmbito do Plano de Auxílio aos Estados e ao Distrito Federal.

Em que pese a redação peremptória do art. 4º da Lei Complementar nº 156/2016, tramita no Supremo Tribunal Federal a ADI nº 5.807, proposta pelo Governador do Estado da Bahia, para que seja conferida a esse dispositivo interpretação conforme à Constituição no sentido de que não estão submetidos ao limite de crescimento das despesas correntes primárias – a par das exceções legalmente previstas – os gastos públicos relativos a: a) educação e saúde, no caso de aumento da receita; b) previdência; c) despesas dos outros Poderes, do Ministério Público e da Defensoria Pública; d) segurança pública e as exceções previstas no art. 107, § 6º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e e) precatórios e cumprimento de decisões judiciais.

Sob o argumento principal que o teto de gastos da Lei Complementar nº 156/2016 restringe a autonomia financeira dos Estados-membros e compromete a estrutura do federalismo fiscal, busca-se assim um salvo-conduto para manter – no âmbito do Plano de Auxílio aos Estados e ao Distrito Federal – a trajetória de crescimento dessas despesas primárias correntes. Fato é que a possibilidade de flexibilização do teto de gastos estaduais não interessa apenas ao governo do Estado da Bahia. Até o momento, os Estados de Minas Gerais, Acre, Amazonas, Paraíba, Pernambuco, Tocantins e Maranhão já ingressaram na ADI 5.807 na qualidade de *amici curiæ*.

A ampliação das exceções ao teto de crescimentos dos gastos, nos moldes em que pleiteado na aludida ADI, poderia deturpar a razão de

existir desse preceito legal. Isso porque a extensão das exceções legais não se coaduna com a clara intenção do legislador, bem como compromete a eficácia desse instrumento fiscal de melhoria da gestão pública, tendo em vista que o Estado poderia manter a trajetória de crescimento dessas despesas primárias correntes.

Alinhado ao espírito da lei, o Ministro Gilmar Mendes, relator da ADI 5.807, agiu com irrepreensível acerto técnico ao rejeitar o pedido de medida cautelar para flexibilização do teto tratado na Lei Complementar nº 156/2016. Pela pertinência, transcreve-se excerto do aludido voto:

[...] Em juízo de prelibação, não impressiona o argumento de violação da autonomia política, financeira e orçamentária do Estado da Bahia. De fato, a adesão às condições estabelecidas no Plano de Auxílio é voluntária e não compulsória. Assim, o ente federado deverá ponderar os possíveis benefícios gerados pela renegociação com os encargos correspondentes, optando, ao final dessa avaliação, pela adesão ou não aos termos previstos na Lei Complementar. Observo, ainda, que a referida lei foi editada com vistas a amenizar a grave crise fiscal que afetou os Estados a partir de 2015. Nesse contexto, considero essencial a limitação das despesas primárias para o ajuste estrutural das contas dos Estados, necessário para evitar novos quadros de desequilíbrio fiscal. Caso contrário, o alívio financeiro proporcionado pelos benefícios da Lei Complementar 156/2016 teria efeitos meramente temporários nas finanças do Estado.

Embora o teto de crescimento de gastos dos Estados e do Distrito Federal defina o volume do ajuste das despesas ao longo do tempo, ele não garante a concepção, a qualidade nem estabelece quais reformas fiscais e administrativas seriam necessárias para cumprir a trajetória de ajustes estabelecida pela regra.

Por isso, esse instrumento, apesar de essencial, não resolve por si só os problemas fiscais dos entes que aderirem ao Plano de Auxílio dos Estados e do Distrito Federal. Contudo, há que se reconhecer que, sem sombra de dúvidas, se trata de um instrumento - ainda que temporário - capaz de estimular a disciplina fiscal dos entes subnacionais em um contexto de grave crise financeira.

#### 4 CONCLUSÃO

Embora o federalismo de equilíbrio seja um dos objetivos da República, a experiência pós-1988 demonstrou que os impasses macroeconômicos e a dificuldade na gestão das contas públicas têm

enfraquecido o processo de descentralização conduzido pelo poder constituinte. Até os anos 2000, a União já havia implementado três programas de saneamento financeiro dos Estados e Municípios. Com essas medidas, esperava-se que ela não seria mais demandada a auxiliar os entes subnacionais.

Contudo, depois de um período de relativa estabilidade econômica e alta taxa de crescimento, houve uma piora do quadro fiscal dos Estados em razão do elevado crescimento das despesas correntes e da queda significativa da arrecadação em decorrência da recessão econômica. Para restabelecer o equilíbrio fiscal, instituiu-se o Plano de Auxílio aos Estados e Distrito Federal, que oferece condições mais vantajosas para o refinanciamento das dívidas dos entes que aderirem e, como contrapartida, impõe limite ao crescimento anual das despesas primárias correntes à variação da inflação segundo IPCA durante dois exercícios financeiros, ressaltando dessa medida apenas as transferências constitucionais a Municípios e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP.

A regra do teto de crescimento dos gastos dos Estados e Distrito Federal estabelece, em poucas palavras, que as despesas primárias correntes não podem ultrapassar o limite global dessa categoria de gasto público diante da variação do IPCA anual. Daí resulta que os entes possuem ampla autonomia financeira e política para definir o montante necessário a atender cada tipo de despesa e, ao mesmo tempo, prestar essa contrapartida.

O teto de crescimento dos gastos estaduais e distrital aplicável apenas aos entes que aderirem ao Plano de Apoio aos Estados e Distrito Federal impõe um planejamento cuidadoso para garantir a sua qualidade e requer uma maior eficiência na gestão dos recursos. Todavia, há que se reconhecer que os problemas fiscais dos entes extrapolam aquilo que o teto de crescimento de gastos tem para oferecer.

É inquestionável, contudo, que esse instrumento fiscal reforça a disciplina fiscal e representa um passo crucial para ampliação do debate sobre as alocações das despesas públicas, a qualidade e eficiência dos gastos na esfera estadual e distrital e as reformas necessárias para superação da atual crise fiscal.

A construção de relações intergovernamentais mais equilibradas passa necessariamente pela institucionalização de mecanismos de aprimoramento das finanças públicas destinadas a reforçar a autonomia financeira dos entes federativos e, com isso, reduzir o grau de dependência dos governos subnacionais em relação à esfera federal.

**REFERÊNCIAS**

GIAMBIAGI, Fabio. ALÉM, Ana Cláudia Duarte. *Finanças Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

LOPREATO, Francisco Luiz C. *Um novo caminho do federalismo no Brasil?* Campinas: Economia e Sociedade, 1997.

KUGELMAS, Eduardo & SOLA, Lourdes. Recentralização/Descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil dos anos 90. *Tempo Social*; Ver. Sociol. USP, São Paulo, out. 1999, p. 69.

NETO, Aristides Monteiro. *Governos estaduais no federalismo brasileiro: capacidades e limitações no cenário atual*. Texto para discussão. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 1990. p. 17.

PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. A teoria da federação e o estado federal brasileiro. *Revista Virtual da AGU*, a. IV, n. 53, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.agu.com.br/page/download/index/id/550982>>. Acesso em: 10 out. 2014.

SILVA, Monica Moura Y Araújo de Couto e. A Lei de Responsabilidade Fiscal e Relações Financeiras Intergovernamentais no Contexto Federativo Brasileiro. In: *Secretaria do Tesouro Nacional*. (Org.). V Prêmio do Tesouro Nacional de Monografias. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2000. p. 33.

BANCO MUNDIAL. 2017. *Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil* : v. I : síntese (Portuguese). Washington, D.C.: World Bank Group. <<http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/Volume-I-síntese>>.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Nota Técnica Disponível em : <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2016/abril/notas-tecnicas-mostram-repercussao-financeira-da-lc-148-2014/nota-tecnica-2016-04-27-situacao-fiscal-dos-estados.pdf>>.

---

**O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE  
GESTÃO DE RESULTADOS COMO MECANISMO  
DE FREIOS E CONTRAPESOS PARA MODERAR O  
CONFLITO ENTRE OS PODERES EM BENEFÍCIO  
DO CIDADÃO**

---

***THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL MODEL OF MANAGEMENT  
OF RESULTS AS MECHANISM OF BRAKES AND  
COUNTERWEIGHTS TO MODERATE THE CONFLICT BETWEEN  
THE POWERS TO BENEFIT THE CITIZEN***

*Juliano Ribeiro Santos Veloso*  
*Procurador Federal - PF/MG Juliano Ribeiro Santos Veloso*

SUMÁRIO: Introdução ao Problema; 1 O Modelo Constitucional de Gestão de Resultados; 2 Conclusão; Referência.

**RESUMO:** A atuação concatenada entre os Poderes é um problema no mundo inteiro. Todavia, no Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88), além de estabelecer objetivos, também cria uma forma de atuação sinérgica, ao determinar a “gestão de resultados” como modelo constitucional de atuação entre os Poderes (art. 147, I e II). O objetivo desse trabalho é comprovar a existência desse modelo e a sua sistematização dentro da lógica de freios e contrapesos. Para isso, são criticadas as ideias de separação, a reserva do possível e o mínimo existencial. O novo constitucionalismo latino americano é utilizado para comprovar a juridicidade e judiciabilidade em torno da gestão. *É apresentado o processo administrativo de resultados da política pública*, que permite a mediação da atuação entre os Poderes. Comprova-se a utilização desse processo pelo STF na ADPF 347. Por fim, espera-se que a gestão de resultados não só diminua os conflitos, mas também crie sinergia entre os Poderes em favor do cidadão.

**PALAVRAS CHAVE:** 30 Anos da Constituição brasileira. Conflitos Entre Poderes. Sistema de Freios e Contrapesos. Gestão de Resultados. Parte Especial do Direito Administrativo Constitucional.

**ABSTRACT:** The concatenated performance of the Powers is a worldwide problem. In Brazil, however, the Constitution of the Federative Republic of 1988 (CRFB / 88), in addition to establishing objectives, also creates a synergistic way of determining “results management” as a Brazilian constitutional model (article 147, I and II). The objective of this work is to prove the existence of this model and its systematization within the logic of checks and balances. For this, the ideas of separation, the reservation of the possible and the minimum existential, are criticized. The new Latin American constitutionalism is used to prove the legality and judiciability around the management. It presents the administrative process of results of the public policy, which allows the mediation of the action between the Powers. The use of this process by the STF in ADPF 347 is proved. Finally, it is hoped that results management will not only reduce conflicts, but also create synergy among Powers in favor of citizens.

**KEYWORDS:** 30 Years of the Brazilian Constitution. Conflicts Between Powers. Brakes and Counterweights System. Results Management. Special Part of Constitutional Administrative Law.

## INTRODUÇÃO AO PROBLEMA

Passados quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal brasileira, as deficiências em torno dos direitos fundamentais só aumentam, como facilmente comprovável pelos indicadores de educação, competitividade e desenvolvimento humano. Em decorrência dessa incapacidade de o Executivo e o Legislativo solucionarem sozinhos todos problemas, é comum, hodiernamente, o Judiciário ser acionado para atuar nas várias crises do Estado. Só para ficar em dois exemplos recentes, pode-se citar a crise do setor penitenciário brasileiro (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347 (BRASIL, 2016) que declarou a inconstitucionalidade do sistema prisional brasileiro) e a crise financeira dos Estados (Ação Cível Originária – ACO 2972 (BRASIL, 2017) na qual o Estado do Rio de Janeiro questiona o bloqueio de recursos pelo governo federal). As ações judiciais representam um sinal de alarme (ABRAMOVICH, PAUTASSI, 2009) e a constatação de uma realidade extrema de falta de resultados em torno dos direitos fundamentais.

Compreender como os mecanismos de freios e contrapesos estão inseridos no sistema jurídico, de forma a aprimorar o desempenho do Estado, é crucial para o aprimoramento da segurança jurídica e da efetividade das políticas públicas. O mecanismo constitucional de freios e contrapesos precisa se equilibrar de modo a gerar resultados em torno de direitos fundamentais para o cidadão. A estabilidade das relações ocorrerá na medida em que direitos fundamentais como saúde, educação, transporte, moradia e desenvolvimento forem incorporados de forma igualitária para toda a sociedade por meio do Estado. Atribuir a responsabilidade exclusivamente ao Executivo é um erro.

A Carta maior brasileira possui um mecanismo de freios e contrapesos que está esquecido, e pode catalisar os esforços do Estado em torno da efetivação dos direitos fundamentais.

## 1 O MODELO CONSTITUCIONAL DE GESTÃO DE RESULTADOS

A Constituição brasileira não é somente uma carta de desejos, como tantas constituições de outros países. Além de estabelecer objetivos<sup>1</sup> em torno de direitos fundamentais, estabelece o caminho para a mudança. O art. 74, I e II, da CRFB/88, estabelece a “gestão de resultados” como um meio jurídico gerencial de atuação do Estado brasileiro (VELOSO, 2018).

Carnota (2017) leciona que a “gestão” está amplamente presente no constitucionalismo latino americano. “Gestão entendida como diligências

1 É importante consignar que na Constituição não há metas. Metas são objetivos específicos, mensuráveis, em um determinado prazo. Na Constituição há objetivos, que são gerais por natureza.

adotadas para a realização de um bem comum, de um bem viver, como previsto no texto constitucional equatoriano”. Lembra que as sociedades estão cansadas de um constitucionalismo “declamatório e teorizante”. A gestão não pode ser considerada sem significado, deve denotar esforço de alcançar melhores práticas de políticas sociais. Por isso ela deve ser considerada um bem jurídico a ser protegido e utilizado na concertação entre os Poderes para a geração de resultados.

A “gestão por resultados” é um modelo gerencial de larga utilização e de comprovada efetividade em organizações públicas e privadas do mundo inteiro. Se cada Poder precisa manter um controle interno (art. 74, I e II, CRFB) para avaliar a eficiência e a eficácia dos resultados, então o Estado brasileiro, como um todo, precisa ser avaliado quanto a eficiência e eficácia do resultado produzido. Logo, a Constituição Federal estabelece a gestão jurídica de resultados como um “modus operandi” do Estado brasileiro. É um dever do Estado e um direito do cidadão a utilização desse modelo gerencial para geração de resultados. Os três Poderes precisam se alinhar a esse “know how”.

O processo administrativo de resultado da política pública, descrito no art. 74, I e II da CF/88, pode ser descrito por quatro fases: “Planejamento, execução, controle e avaliação”. O equivalente na Ciência Política, utilizado pelo STF na ADPF 347 (BRASIL, 2016), é o processo de “formulação, implantação, monitoramento e avaliação”. Já na gestão pública, as mesmas fases são descritas por PDCA: “*Plan, Do, Check and Act*”. Essas fases constantemente se retroalimentam até o alcance do objetivo final, por meio do resultado concreto esperado. Enquanto houver falta de resultado, haverá necessidade de desvelamento/ desconstrução<sup>2</sup>, retroalimentação do processo, e busca de solução do problema. O processo administrativo de resultado da política pública (planejamento, execução, controle e avaliação) previsto no art. 74, I e II, da CF/88 é formalmente jurídico porque está na Constituição Federal e na legislação. É materialmente jurídico, porque cria, extingue, perpetua e modifica direitos. O art. 74, I e II, é, por natureza, o instrumento de gestão de resultados em organizações públicas e privadas do mundo inteiro.

Por mais incrível que possa parecer, o próprio mecanismo de freios e contrapesos ou separação de poderes representa o processo administrativo de resultados da política pública. As leis podem ser consideradas planos, e são elaboradas em um processo de planejamento pelo Legislativo. O Executivo implementa as leis. E o Judiciário controla mediante provocação. As três funções no sistema de freios e contrapesos são avaliadas pela sociedade. Quando a sociedade aciona o Judiciário, esse sistema tem que

<sup>2</sup> Desvelamento no sentido Heideggeriano e desconstrução no sentido Derridiano.

ser alimentado e aperfeiçoado de acordo com a realidade. Portanto, cada Poder tem sua competência bastante definida, o que não impede que haja um limite dinâmico de atuação em prol do cidadão (Ex: ativismo judicial que ao agir deve buscar a restauração das capacidades institucionais).

A gestão de resultados propõe a mesma abordagem de tratamento para todos os problemas. Realizado o diagnóstico das possíveis causas de falta de resultados (problemas), devem ser fixadas metas para a solução a partir de um planejamento (elaboração e/ou execução dos planos legais). A meta é uma ação (ato e processo) direcionada ao problema a ser solucionado. A meta deve ser específica, mensurável, atingível, atribuível em um prazo específico. Se o patrimonialismo é a causa do problema hipotético de falta de resultados em um determinado caso concreto, devem ser fixadas metas para tratar dessa ineficiência (Por exemplo: implementação de critérios de rotatividade nos cargos de gestão. Aferição das qualidades do servidor em relação às características exigidas para o cargo. Transparência das informações gerenciais). Se os resultados ainda assim não apareceram, então um novo ciclo de planejamento, execução, controle e avaliação deve ser reiniciado. A busca pelo resultado deve ser uma obstinação da Administração Pública pelos três Poderes. O modelo gerencial exclusivista tende ao sucesso episódico e esparso. A história do constitucionalismo permite concluir que a estratégia de empoderamento por meio de direitos é exitosa. No caso da gestão jurídica de resultados, o *mindset* jurídico deve levar em consideração o risco, a incerteza e a ambiguidade. O diálogo entre o processo administrativo de resultado e o desvelamento/deslocamento contínuo para afastar aparências permite o alinhamento entre direito e gestão.

Na Constituição brasileira, o modelo de “gestão de resultados” ganha a roupagem jurídica de dever/direito no art. 74, I e II. A gestão jurídica de resultados *é reforçada pelos institutos jurídicos gerenciais de resultados, como os sistemas de informação, os projetos, a qualificação e a accountability, para ficar em quatro exemplos. A ação (ato e processo) sofre inflexões do resultado gerando a ressignificação desses institutos.*

O controle judicial poderá ser feito pelo processo estrutural (Structural injunction) de acordo com o processo administrativo de resultados da política pública (VELOSO, 2018), por meio de um “*Hard look*”. Lucón (2017, p.12/18) denomina processo estrutural aquele voltado à implantação de políticas públicas. Processos estruturais seriam processos que são dinâmicos porque podem ser alterados pela realidade dos fatos, e se fazem por meio da cooperação e diálogo. Ele menciona que cabe aos sujeitos do processo acompanhar a implantação das medidas de uma política pública, que partem de um plano e um cronograma para execução. Isto é, a

deferência à Administração só ocorre se houver a constatação da efetividade em torno dos direitos fundamentais, e a intervenção, qualquer que ela seja, deve ser responsável. O PL 8058/14 (TEIXEIRA, 2014), que tenta criar regras para o controle judicial da política pública, falha pela falta de flexibilidade, e pela utilização de conceitos como o “mínimo existencial”, que em função da sua abstração, podem tumultuar os casos na prática. A reserva do possível precisa ser confrontada com o planejamento, no sentido de programação de efetivação de direitos. A “separação” de poderes muitas vezes é utilizada de forma inadequada. O artigo 2º da CRFB/88 é cristalino quando prega a harmonia e independência entre os Poderes da União. Na verdade, a independência e harmonia visam a geração de sinergia para a geração de resultados para o cidadão.

A avaliação da política pública dos três poderes deve ser em termos de resultados eficientes e eficazes. Talvez o legislador tivesse sido mais feliz se tivesse inserido ao invés do Princípio da Eficiência o “Princípio da Efetividade direta ou indireta”. “Efetividade direta ou indireta” porque o que interessa é a entrega do serviço público em sentido geral para o cidadão/cliente, seja diretamente pelo Estado ou indiretamente por quem lhe faça as vezes. Por outro lado, não basta ser eficiente se não está sendo eficaz. De nada adianta a Administração Pública estar no maior grau de maximização dos seus recursos (eficiência) se estiver indo no caminho errado (eficácia). Assim, o postulado da Eficiência do art. 37, caput, do texto constitucional, para agregar mais valor ao art. 74, poderia ser modificado para o “Princípio da Efetividade direta ou indireta”.

Alguns pressupostos fundamentais podem ser extraídos do modelo de gestão jurídica de resultados do texto constitucional brasileiro.

O primeiro pressuposto é que todos os três Poderes manterão um sistema integrado de controle interno, que colabora com o externo, com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas e resultados previstas no plano plurianual e nos seus desdobramentos. Diante do texto constitucional, não é lógico pensar em algum ato ou processo administrativo no sistema brasileiro que não vise um resultado concreto direta ou indiretamente, de acordo com as metas estabelecidas no plano plurianual. Todos os atos, processos e contratos, de todos os três poderes, precisam estar amarrados ao resultado para a sociedade.

O plano plurianual pode ser descrito como uma lei que estabelece diretrizes, objetivos e metas de prioridades de todas as ações da Administração Pública em cada esfera de governo (Art. 165 da CRFB/88). Todos os planos, programas nacionais, regionais e setoriais, previstos na Constituição brasileira, deverão estar em consonância com o plano plurianual (§ 4, do art. 165 da CRFB/88). As obrigações de meio devem

estar alinhadas às obrigações de fins para a geração de resultados. As ações do Executivo, Legislativo e Judiciário precisam estar de acordo com o Plano Plurianual e todos os outros planos legais.

Como explicado por Veloso (2014), o plano plurianual deve ser desdobrado em termos de metas até o nível operacional da Administração Pública. Um edital de licitação, *verbi gratia*, deve procurar ser um desdobramento de um plano tático de implementação da política educacional, que por sua vez, deve ser um desdobramento do Plano Nacional de Educação – Lei 13.005/14, que está atrelado ao plano estratégico plurianual de médio prazo. Todos os micros resultados devem ser capazes de gerar macros resultados compatíveis com os objetivos e metas do plano plurianual. Todas ações estão ou deveriam estar conectadas no modelo de geração jurídica de resultados, permitindo o incremento dos indicadores como PIB e IDH. Executivo, Legislativo e Judiciário tem seu papel bem delimitado no ciclo da política pública e o foco é a geração de resultados. A falta de resultados é um problema dos três poderes e uma constatação da falha no mecanismo de freios e contrapesos.

Os programas e orçamentos (art. 74, caput) são juridicamente planos porque estão previstos em leis imperativas. É tão sério o compromisso constitucional com a execução do plano plurianual, e todos os planos que se desdobram dele, que não se pode aprovar emenda incompatível na lei de diretrizes orçamentária (Art. 166, §4, CF/88). Além disso, é vedado o início de programas e projetos não incluídos na lei orçamentária anual (Art. 167, I, CRFB/88). Nenhum investimento que ultrapasse o exercício financeiro pode ser realizado sem prévia inclusão no plano plurianual, sob pena de crime de responsabilidade (Art. 167, §1, CRFB/88). Enfim, o planejamento é determinante para a Administração Pública (Art. 174, caput, CRFB/88).

A Constituição Federal, em última instância, é o plano mestre de todo país, e todos os mecanismos decorrentes dela devem estar com ela alinhados (Veloso, 2014). Logo, o plano plurianual deve de alguma forma prever o tratamento direto ou indireto de todos os direitos tratados na Constituição Federal, estabelecendo prioridades no atendimento das demandas. Em tese, pode-se falar que a omissão de ação no plano plurianual também é uma forma de planejamento, mas essa omissão deve no mínimo ser justificada como uma escolha estratégica, e não deve derivar de raciocínio da simples ausência de tratamento no plano. O sistema constitucional impõe o dever constante de pensar e repensar as melhores práticas e caminhos para a progressividade do alcance de resultados.

O planejamento pode ser classificado em função do tempo em curto (Lei Orçamentária), médio (Lei de Diretrizes Orçamentárias) e longo

prazo (Plano Plurianual). Lembrando que todos eles devem guardar também consonância entre si (artigo 165, §4º, CRFB/88). Essa noção do tempo é de fundamental importância em termos de acompanhamento e concretização dos resultados. Muitas vezes, uma tutela judicial não pode ser cumprida imediatamente, mas, no médio e longo prazo, isso pode se tornar realidade. Os planos legais precisam ser constantemente aperfeiçoados pelo Legislativo.

Em termos de método (meio para se chegar a um fim) de Planejamento, necessário se faz prever recursos financeiros para eventuais demandas judiciais, também democráticas, não previstas inicialmente no orçamento. Não se trata de usurpar a competência de outro poder, mas reconhecer a falibilidade humana, permitindo intervenções mais urgentes. Esse fenômeno acontece recorrentemente na prática da advocacia pública. A política pública previdenciária é um bom estudo de caso para atestar essa realidade. Ela é uma das maiores *polícies* (WANG, 2013) em termos financeiros, capilaridade e abrangência do país. Em função da dimensão gigantesca dessa política, é natural e compreensível que ocorram falhas. Essas falhas recorrentemente chegam ao Judiciário, que muito ativamente corrige ou obstaculiza a solução dessas falhas. Decorrente dessa realidade, é a constatação de que o INSS se tornou um dos maiores litigantes do país, segundo o relatório Justiça em Números (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). O Instituto Nacional do Seguro Social -INSS possui uma sala de monitoramento de indicadores de desempenho que permite saber, em tempo real, qual o patamar de interferência do Judiciário. O indicador utilizado é o índice de concessão judicial -ICJ. Para o INSS parece, de certa forma, razoável manter um índice de concessão judicial de benefícios em torno de um certo patamar. Já no modelo jurídico de gestão de resultados, INSS e o Judiciário deveriam trabalhar conjuntamente para que o ICJ chegasse próximo a zero. Esse é um exemplo de como o mecanismo como a gestão de resultados pode contribuir para não só diminuir os conflitos, mas para catalisar e criar sinergias para os esforços.

Portanto, é razoável que as demandas não concretizadas, ou que não ganharam relevo no orçamento, sejam atendidas por meio de decisões judiciais, e estejam previstas no orçamento em um percentual. Mas a atuação do controle judicial deve ser no sentido de corrigir o rumo da política pública, evitando novos litígios. O que se quer evitar é o privilégio de alguns em detrimento da maioria. Micro e macro justiça precisam estar alinhadas. O processo estrutural pode prestar colaboração para a junção da micro e macro justiça.

Esse raciocínio desconstrói a defesa da “reserva do possível” criada no Brasil. Primeiro porque é razoável que haja demandas judiciais em função

de políticas públicas em um Estado democrático. Segundo, em função do planejamento, a reserva do possível não pode limitar a progressividade dos direitos fundamentais, mas permitir a determinação do tempo de realização daquele direito. E essa realidade é facilmente perceptível. No que tange à política de seguridade social, benefícios previdenciários são concedidos a todo momento pelo Judiciário, desrespeitando a lógica do custeio. Os direitos têm custos, e o equilíbrio orçamentário é uma garantia de sustentabilidade desses direitos. Portanto, no caso previdenciário fica evidente a necessidade de utilização da reserva do possível no sentido de sustentabilidade da política pública, e não como limite à concessão de benefício previdenciário.

Como lembra Bucci (2006, p. 36), os “direitos sociais têm custos e que, no limite, pode haver concorrência pelo atendimento de direitos”. Isso não quer dizer que o direito não possa ser executado, o que tenha que se enquadrar dentro de um mínimo para existir. Vieira (2015, p. 157) lembra que na Alemanha a reserva do possível restringe pedidos que não são razoáveis, mesmo o Estado dispondo de recursos para eventualmente conceder determinada prestação.

Dentro dessa perspectiva, o raciocínio do mínimo existencial também perde sentido. Não se trata de mínimo ou máximo de direitos, mas sim como e em quanto tempo os direitos fundamentais serão progressivamente efetivados por meio de um planejamento material voltado para resultados<sup>3</sup>. Os três Poderes precisam se retroalimentar e se aperfeiçoar para a geração dos resultados. Vieira (2015, p. 165) recorda que a lógica deve ser a do “máximo existencial” com a ampliação gradativa dos direitos fundamentais.

Waldron (2017) questiona a falta de legitimidade das decisões judiciais. Ora, se o controle judicial da política pública é realizado de forma a gerar resultados concretos esperados então a decisão judicial é legítima, porque está cumprindo o objetivo constitucional. Se há participação democrática em audiência pública judicial, por exemplo, o processo judicial se torna mais legítimo. Deste modo, a cidadania também é exercida pelo controle judicial. A cidadania deve ser exercida cotidianamente e a eleição não pode ser considerada um cheque em branco para o político. O cidadão pode, deve e vem usando o Judiciário brasileiro para exercer essa cidadania. É reconhecido que o Judiciário muitas vezes ser um obstáculo às políticas públicas, mas isso é natural do processo de aprendizado e consolidação da experiência jurídica. A utilização do modelo jurídico gerencial brasileiro de controle de resultados permite o saneamento dos problemas. O que

---

3 A Coréia do Sul é um bom exemplo de como a obstinação em relação à política de educação, em praticamente duas décadas, transformou completamente o país.

não se pode é negar a realidade global em que o Judiciário tem um papel de alinhamento das políticas públicas.

A geração de resultados (Ex: direito à saúde, educação e infraestrutura) depende de planos. O direito ao planejamento é o direito à elaboração e à execução do plano. O artigo 214 da Constituição de 1988 é um bom exemplo de direito a elaboração do plano para a geração de resultados. O Plano Nacional da Educação -PNE terá o prazo de 10 anos, e será sempre elaborado por meio de lei. Atualmente o PNE vigente é a Lei 13.005/14 (BRASIL, 2014). Se o PNE ganhou a roupagem legal é porque não é uma faculdade, mas um dever do Estado e um direito do cidadão. Deve, após a elaboração (Legislativo), ser executado (Executivo) e controlado (Judiciário/Legislativo) para a geração de resultados. Terminado um ciclo de 10 anos, o processo administrativo de política pública recomeça, por mais 10 anos. O planejamento deve ser democrático tanto na elaboração, quanto na execução, porque poderá haver a participação da sociedade, fazendo críticas, propondo ideias, enfim, exercendo a cidadania. Percebe-se que a Constituição já determinou alguns objetivos. Pode-se descrever como primário o objetivo de assegurar a manutenção e o desenvolvimento do ensino, o que deve ser garantido por todos os Poderes e todos entes da federação. Nessa linha, é possível, por exemplo, a tutela judicial para permitir a contratação de professores. Caberá ao juiz competente identificar, no Plano Nacional e seus desdobramentos, qual a lógica a ser respeitada, ou determinando prazo para a Administração contratar novos professores, ou fazendo a realocação de outras escolas. A verificação do Planejamento é necessária na delimitação da ilegalidade e da discricionariedade. Ano a ano, os indicadores de desempenho decorrentes dos objetivos fixados no artigo 214 da Constituição Federal devem ser medidos de forma a permitir verificar a execução do Planejamento e a vedação do retrocesso.

O papel do Judiciário, no ciclo do processo administrativo de resultado da política pública, é verificar a elaboração e o cumprimento ao plano, nas linhas traçadas pelo STF na ADPF 347 (BRASIL, 2016). O Judiciário deve ser um mediador e catalisador das capacidades institucionais dos órgãos. O processo civil também deve ser democrático para permitir a participação de outras partes interessadas. É vedado ao magistrado agir de maneira individualista protagonista, porque mesmo se fosse a pessoa melhor preparada do mundo para lidar com as questões complexas das políticas públicas, precisaria da ajuda de todo o sistema, por meio das pessoas.

Já o Legislativo preponderantemente deve fiscalizar e reavaliar os planos descritos em leis. Avaliação dos resultados é a última etapa do processo antes da retroalimentação do ciclo e o aperfeiçoamento dos

processos (planejamento, execução, controle e avaliação). A avaliação pode ser quantitativa ou qualitativa, a partir de diversas variáveis. A avaliação, sob a perspectiva jurídica, está relacionada a temas como a Jurimetria, a Avaliação do Impacto Legislativo, a Avaliação do Impacto Regulatório e a governança por indicadores de desempenho, como o Índice de Desenvolvimento Humano. A avaliação retroalimenta o mecanismo de freio de contrapesos gerando um sistema dinâmico e sinérgico.

Portanto, como primeiro pressuposto, todos os três Poderes manterão um *sistema integrado* de controle interno/externo (freios e contrapesos) com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas e resultados previstas no plano plurianual. A integração requer sinergia, concatenação e organização. Não há sistema em que as partes são desconexas. No sistema constitucional brasileiro de freios e contrapesos não há lógica em argumentos de separação desconectados com o resultado do Estado como um todo.

O segundo pressuposto é a *avaliação do cumprimento das metas* de execução e orçamento previstas no plano plurianual (Art. 74, I). A avaliação deve ser do cumprimento das metas dos três Poderes em relação aos objetivos do Estado. Uma das grandes dificuldades de se entender a gestão jurídica de resultados é a sistematização incorreta de termos gerenciais nos manuais de Direito. Di Pietro (2015), por exemplo, confunde objetivos com metas:

as *grandes metas* governamentais são traçadas pela própria Constituição e respectivas Emendas. ... As políticas públicas *são metas* e instrumentos de ação que o poder público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger. ...*Existem metas* fixadas pela própria Constituição, ...Em muitos casos, a Constituição já indica os instrumentos hábeis para a *consecução das metas*. ...

As metas são desdobramentos dos objetivos. Pode-se dizer que as metas são objetivos específicos dos objetivos gerais. Não existem metas na Constituição Federal, só objetivos. Algumas características são essenciais para se identificar uma meta. As metas precisam ser específicas, mensuráveis, atribuíveis, realistas e limitadas no tempo. O anexo do Plano Nacional de Educação -Lei 13005/14 (BRASIL, 2014) apresenta alguns exemplos de metas.

Toda legislação federal reproduz a lógica dos artigos 165, §1º, e 174, I e II, da CRFB/88. O Planejamento estabelecerá diretrizes, objetivos e metas. As diretrizes são parâmetros genéricos que orientam a fixação dos objetivos e das metas. Os objetivos representam onde se quer chegar. As metas representam o detalhamento dos objetivos em termos de resultados

esperados. Novamente, precisam ser específicas, mensuráveis, atribuíveis, reais e determinadas em um prazo específico.

Percebe-se, claramente, no ordenamento jurídico brasileiro, um padrão cíclico em relação ao processo administrativo de resultado da política pública. O reconhecimento desse padrão é necessário para demonstrar a aplicação prática na concretização de direitos, e a necessidade do seu reconhecimento como fundamental para a efetivação da Constituição. A avaliação do cumprimento das metas dos três poderes permitirá a catalisação dos esforços e o equilíbrio, retroalimentando o sistema de freios e contrapesos.

O terceiro pressuposto é a mensuração quanto a *eficiência e eficácia* de resultados previstos em lei (art. 74, I e II). A gestão jurídica de resultados ocorre na medida que se avalia, em termos de eficiência e eficácia, a execução dos planos. Os planos são desdobrados em objetivos e metas. As metas são avaliadas quanto a eficiência e a eficácia para gerar resultados.

Já é lugar comum na Ciência da Administração dizer que eficiência é fazer certo as coisas. E eficácia é fazer a coisa certa. A efetividade é ser eficiente e eficaz, fazendo certo as coisas certas. Esse é o mesmo raciocínio que deve ser adotado na perspectiva jurídica<sup>4</sup>. O texto constitucional espera que os resultados da Administração sejam eficientes e eficazes. Não há jeito certo de fazer a coisa errada. Não adianta ser eficiente, se estiver perseguindo o objetivo errado.

Batista Júnior (2012, p. 118) atenta para o fato de que a maioria da doutrina ignora o Princípio da Eficiência, muito por não o considerar um princípio basilar. Uma segunda corrente faz a relação com o Princípio da Boa Administração, que tem sua base na moralidade (Ex: Manoel de Oliveira Franco Sobrinho e Diogo de Figueiredo Moreira Neto). Só uma terceira corrente aparentemente minoritária ainda, entende o Princípio da Eficiência como um princípio fundante, e traça algumas considerações. Hely Lopes Meirelles<sup>5</sup> (2004, p. 96) já dizia que a Administração deve agir com presteza, perfeição e rendimento funcional, não podendo apenas se ater a legalidade formal, mas também ao desempenho de resultados positivos.

Batista Júnior (2012) chama de eficiência *stricto senso* o resultado atingido de forma otimizada em relação aos meios e o fim. A eficiência *lato senso* englobaria a eficácia e a eficiência *stricto senso*, e representaria o mandamento de maximização do bem comum. Segundo o autor, o

4 A perspectiva de eficiência e eficácia do presente trabalho francamente se contrapõe aos entendimentos genéricos da doutrina, como sintetizado por ALVIM (2017) e GABARDO (2017).

5 "Eficiência - O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. E o mais moderno princípio da função administrativa, que já *não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos* para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros." (MEIRELLES, 2004, p. 96, destaque nosso)

conceito de eficiência é determinável conforme a atuação administrativa no tempo, de acordo com os casos concretos. Batista Júnior (2012, p. 162) explica que em países como Espanha, Itália, Portugal e Alemanha, tanto a doutrina quanto a legislação, reconhecem a tendência de utilização do Princípio da Eficiência no sentido *stricto*. A ideia de eficiência é recente, mais presente na ideia de superação da crise do Estado social e nos programas de modernização como nos Estados Unidos (National performance review) (Batista Júnior, 2012, p. 128).

A eficiência e a eficácia possuem uma forte conotação gerencial prática, que se distancia da sistematização genérica da maioria dos autores brasileiros. Mas são parâmetros de atuação capazes de alinhar a atuação dos três Poderes.

O quarto e último pressuposto do art. 74, IV, é o *apoio do controle interno ao externo* na sua missão institucional. Ora, assim como o Legislativo, o Judiciário é um órgão de controle externo, que age mediante provocação. Ambos órgãos de controle externo devem realizar o controle das políticas públicas por meio de resultados. O Legislativo pode utilizar o auxílio do Tribunal de Contas. Já o Judiciário tem a faculdade de acionar o controle interno do Executivo, para efetivar o controle de resultados, nos termos do art. 74, IV, da Lei Maior.

## 2 CONCLUSÃO

Portanto, nos termos da Constituição Federal de 1988, o Estado como um todo deve ser avaliado por resultados. A avaliação deve ser integrada pelos três Poderes ao mesmo tempo, permitir a manutenção do equilíbrio dos freios e contrapesos da separação de poderes. A avaliação é de eficiência e eficácia, e o controle interno deve auxiliar o controle externo. Se há falha na efetivação dos direitos fundamentais, é o Estado que falha e não só um dos Poderes. Nessa concertação, os Poderes Judiciário e Legislativo têm papel fundamental no realinhamento da política pública. É o alcance de resultados pelo Estado que irá ditar o limite dos freios e contrapesos. As funções legislativas (planejar), executivas (implementar) e jurisdicionais (Controlar) devem ser vistas de acordo os mecanismos de freios e contrapesos dinâmicos e sinérgicos na geração de resultados do Estado como um todo para o cidadão. A falsa ideia de “separação” de Poderes contraria o comando de harmonia e independência entre os Poderes (Art. 2º, CRFB/88). A accountability (responsividade) é inerente ao raciocínio da gestão de resultados. Os três Poderes têm o dever de prestar contas (accountability) pelo alcance ou não dos resultados, e pelo aumento da sinergia ou conflito entre os Poderes.

O modelo Constitucional Brasileiro de Gestão de Resultados é um mecanismo de freios e contrapesos que permite criar sinergia entre os Poderes em Benefício do Cidadão, superando o atual estágio de conflito institucional. O objeto do texto foi a gestão de resultados como meio de criação de sinergia para o mecanismo de freios e contrapesos entre os Poderes. A relevância é a possibilidade de aperfeiçoamento do modelo de controle externo entre os Poderes. A metodologia foi a bibliográfica documental com estudos de casos de decisões judiciais. A hipótese foi a possibilidade de utilização do modelo constitucional de gestão de resultados para o aperfeiçoamento. O resultado foi a demonstração de sua funcionalidade/utilidade no contexto brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Org). *La revisión judicial de las políticas sociales: estudio de casos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

ALVIM, Marcia Cristina de Souza. *Eficiência e direito*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/143/edicao-1/eficiencia-e-direito>>.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2 ed. revisada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 26 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2014/lei-13005-25-junho-2014-778970-publicacaooriginal-144468-pl.html>> Acesso em: 05 dez. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 8058/2014*. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 04 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 13 maio 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). 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: 13 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Processo- ACO 2972*. Relator: Ricardo Lewandowski. 02 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5115084>>. Acesso em: 13 maio 2018..

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347. Relator: Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônica*. Brasília, 19 fev. 2016. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 13 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Processo- ADPF 347*. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>> Acesso em: 13 maio 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNOTA, Walter F. El valor gestión como bien jurídico en el Derecho Constitucional argentino y en el nuevo constitucionalismo latino-americano. *Revista Derecho Público*, año I, n. 3. Ediciones Infojus, p. 195. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/walter-carnota-valor-gestion-como-bien-juridico-derecho-constitucional-argentino-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-dacf130034/123456789-0abc-defg4300-31fcanirtcod?&o=4&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema/ Derecho%20administrativo%5B%2C1%5D%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B%2C1%5D%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=1292>> Acesso em: 13 maio 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos*. São Paulo: Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

GABARDO, Emerson. *Princípio da eficiência*, O. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o>>.

LUCÓN, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do Processo Estrutural. In: JAYME, Fernando Gonzaga et al (org). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: Avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. Disponível em <[https://www.academia.edu/31860196/Fundamentos\\_do\\_Processo\\_Estrutural](https://www.academia.edu/31860196/Fundamentos_do_Processo_Estrutural)>. Acesso em: 13 maio 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEIXEIRA, Paulo. *Projeto de Lei nº 8058, de 2014*. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 13 maio 2018.

VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. *Direito ao planejamento*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. *Do constitucionalismo de efetividade ao gerenciamento jurídico de resultados para o cidadão*. Tese (Doutorado). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2018. Disponível em: <[//velosojuliano.academia.edu](http://velosojuliano.academia.edu)>. Acesso em: 11 abr. 2018.

VIEIRA, Artur Alves Pinho. O Orçamento como Instituto Concretizador dos Direitos Fundamentais Sociais In: DOMINGUES, José Marcos (org). *Direito Financeiro e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

WALDRON, Jeremy. *The Constitutional Conception of Democracy*. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/277816022/WALDRON-Jeremy-The-Constitutional-Conception-of-Democracy>>. Acesso em: 13 maio 2018.

WANG, Daniel Wei Liang. *Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

---

**PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
NAS RESOLUÇÕES DOS CONFLITOS ENTRE  
OS PODERES: RELEVANTE INTÉRPRETE  
JURÍDICO RUMO AO RESGATE DA  
DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO**

---

***ROLE OF ATTORNEY GENERAL'S OFFICE IN RESOLUTIONS TO  
CONFLICTS BETWEEN POWER: RELEVANT LEGAL INTERPRETER  
TO THE RESCUE OF THE DIGNITY OF LEGISLATION***

*Karina Nathércia Sousa Lopes*

*Advogada da União*

*Coordenadora-Geral de Servidores Cíveis e Militares – DCM/PGU*

*Pós-Graduada em Direito Constitucional pelo Centro de Estudos Superiores de  
Maceió – CESMAC. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade de Brasília*

*Mestre em Direito na Universidade de Brasília –*

*Linha 02: Constituição e Democracia: Teoria, História, Direitos Fundamentais e  
Jurisdição Constitucional*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Constitucionalismo na América Latina: Agigantamento do Judiciário como Guardião da Constituição e seu Papel Político; 2 Impacto do Ativismo Judicial na Separação de Poderes e no Necessário Sistema de Freios e Contrapesos;

3 Atuação da Advocacia-Geral da União Rumo ao Resgate da Dignidade da Legislação: Influenciadora Imprescindível na Construção da Última Palavra Institucional; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Observou-se o agigantamento do Judiciário em toda a América latina, em razão sobretudo da necessidade de combate aos regimes conservadores ditatoriais, o que foi viabilizado especialmente por meio da inserção de extenso corpo de direitos na Constituição Federal de 1988, e do reforço constitucional e infraconstitucional atribuído à nossa Corte Constitucional. Tal fato estimulou uma atuação tendente ao ativismo judicial, o qual desafia a eficiente concreção do princípio da separação de Poderes e a necessidade de equilíbrio no sistema de freios e contrapesos frente aos conflitos entre Poderes, problematizando sobremaneira a neutralidade política, a qual configuraria característica ínsita do Judiciário. Nessa senda, o intento é repensar o papel institucional desenvolvido pela Advocacia-Geral da União nesse cenário político, no sentido de contribuir nas resoluções dos conflitos entre os Poderes, trazendo, por meio de postura proativa, os melhores argumentos interpretativos possíveis para fins de incentivar o equilíbrio no sistema de freios e contrapesos, e sendo participante imprescindível do necessário diálogo que deve existir entre os Poderes e a sociedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conflito Entre Poderes. Sistema de Freios e Contrapesos. Princípio da Separação de Poderes. Última palavra institucional. Supremacia Judicial. Supremo Tribunal Federal. Papel Institucional da Advocacia-Geral da União.

**ABSTRACT:** It was noted that the Judiciary was widespread throughout Latin America, mainly because of the need to combat dictatorial conservative regimes, which was made possible through the insertion of a large body of rights in the 1998 Federal Constitution, and the constitutional and infraconstitutional reinforcement attributed to our Constitutional Court. This fact stimulated an action tending to the judicial activism, which challenges the efficient realization of the principle separation of powers and the need for balance in the system of checks and balances in the face of conflicts between branches of the government, questioning the political neutrality, which would be an embedded feature of the Judiciary. Therefore, the intention is to

rethink the institutional role developed by the Attorney General's office in this political scenario, in order to contribute in the resolutions of the conflicts between the Powers, through a proactive stance, the best possible interpretive arguments to encourage the balance in the braking system and counterbalance, and being an essential participant in the necessary dialogue between the Powers and society.

**KEYWORDS:** Conflict Between Powers. Check and Balance system. Principle Separation of Powers. Last Word Institutional. Judicial Supremacy. Federal Court of Justice. Institutional Role of the Attorney General's office.

## INTRODUÇÃO

Trata-se de texto acerca da análise do papel que é desenvolvido pela Advocacia-Geral da União nas resoluções dos conflitos entre os Poderes, das suas possibilidades institucionais e o que se espera dessa instituição tão importante para a devida configuração e para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, será estudado um aspecto que muito desequilibra a atualmente a relação entres os Poderes que é o agigantamento do Judiciário como guardião da Constituição e seu crescente papel político na definição dos rumos do país.

Após, será verificado o impacto do crescente ativismo judicial, decorrente do agigantamento referido acima, na separação de Poderes e no necessário sistema de freios e contrapesos.

Ao final, posteriormente a essa contextualização do cenário pátrio no que diz respeito às relações interinstitucionais entre os Poderes e seus conflitos, será objeto de estudo a atuação da Advocacia-Geral da União nessa seara como participante das resoluções dos conflitos e qual seu papel na definição da última palavra institucional.

## 1 CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA: AGIGANTAMENTO DO JUDICIÁRIO COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E SEU PAPEL POLÍTICO

Nesta atividade de análise do conflito entre Poderes e do sistema de freios e contrapesos, primeiramente, mostra-se importante verificar as razões para o crescimento e fortalecimento do Judiciário por meio da análise do constitucionalismo na América latina, o que auxiliará a contextualização do atual cenário de conflito entre Poderes.

Impende destacar que, em razão da necessidade de combate aos regimes conservadores ditatoriais, houve agigantamento do Judiciário na América Latina, mas não se pode deixar de reconhecer que há problemas com relação a esse incremento de poder.<sup>1</sup> Como a história política da América Latina é instável, vê-se o reflexo de tal fato na história legal, nossas normas jurídicas também tem um histórico instável, o que significa mudanças recorrentes em curto espaço de tempo ao sabor da atuação das lideranças políticas do momento. A própria jurisprudência das Cortes Constitucionais é instável, não há um respeito aos próprios precedentes, à própria construção histórica.

Na América latina, o Judiciário nasceu fraco, entretanto, o fato das constituições da América Latina serem dirigentes estimulou a tomada de decisão pelo Poder com origem menos democrática, o Judiciário.<sup>2</sup> Revela-se, neste contexto, um alto grau de poder discricionário do Judiciário, já que a jurisprudência é instável e não há tradição no sentido de respeito a precedentes. Sem deixar de reconhecer que a ideia do fortalecimento do Judiciário pós-guerra foi necessária para fins de oposição aos resultados desastrosos e mortíferos do poder absoluto do ditador, o seu papel proativo exacerbado conseqüente repercute até hoje, inclusive no Brasil, especialmente porque tal modelo político-jurídico foi essencial na formação dos modelos modernos.

Não fugindo à regra de outros países da América latina, foi previsto, na Constituição, vasta lista de direitos e garantias fundamentais, como também foi estabelecida uma posição institucional de protagonismo ao Supremo, exatamente em razão da necessidade de trazer respostas às conseqüências antidemocráticas resultantes da ditadura. O conseqüente descrédito dos Poderes Legislativo e Executivo em decorrência da ditadura militar ocasionou um fortalecimento na Constituição das atribuições do Supremo. Vê-se esse fortalecimento, por exemplo, com a ampliação constitucional e infraconstitucional<sup>3</sup> conferidas ao Supremo no que diz respeito ao sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

---

1 Roberto Gargarella (2004) faz interessante estudo sobre a história do constitucionalismo na América Latina, destacando as similaridades entre os países e o fortalecimento do papel do Judiciário.

2 GARGARELLA (2005, p. 1)

3 A Constituição de 1988 trouxe a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Já a Emenda Constitucional nº 3/1993 previu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação de descumprimento de preceito fundamental, ampliando as possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal. Já a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral para o Recurso Extraordinário, o que também contribui para o aumento de suas atribuições.

Interessante trazer à baila pensamento de Vieira (2008), o qual aponta a ocorrência do fenômeno da Supremocracia,<sup>4</sup> em decorrência da hiperconstitucionalização da vida contemporânea, conseqüente do ambicioso corpo de direitos insertos na Constituição e do reforço constitucional e infraconstitucional atribuído ao Supremo, o que leva à expansão da autoridade do Supremo frente aos demais Poderes.<sup>5</sup> Para Vieira (2008, p. 443), tal configuração legislativa desestimula o desempenho de um papel de legislador negativo pelo Judiciário, estimulando uma postura de criador de regras e executor de compromissos institucionais.<sup>6</sup>

Neste panorama de alto poder discricionário, o Judiciário tem sido o protagonista da política, pretendendo assumir o papel de prolator da última palavra institucional. Mas se questiona se o Judiciário deve possuir a última palavra institucional, mas se deve, na verdade, integrar o processo construtivo da democracia juntamente com diversos outros atores. Reconhecer que o aspecto político está incluso na atividade judiciária é essencial para serem encarados de frente os problemas advindos de tal fato e para serem pensadas formas de obstar que a política inviabilize o exercício livre e democrático do Judiciário e a construção de decisões justas. Há, na verdade, um aspecto político na guarda da Constituição que não pode ser desconsiderado, não se sustentando o posicionamento doutrinário tradicional de que o Judiciário é órgão apolítico.

4 *Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. *Supremocracia* tem aqui um duplo sentido. Em um primeiro sentido, o termo *supremocracia* refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. Criado há mais de um século (1891), o Supremo Tribunal Federal sempre teve uma enorme dificuldade em impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. A falta de uma doutrina como a do *stare decisis* do *common law*, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do Supremo, gerou uma persistente fragilidade de nossa Corte Suprema. Apenas em 2005, com a adoção de da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Assim, *supremocracia* diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo. No caso específico, o “s” minúsculo do adjetivo vale mais que o “S” maiúsculo que convencionalmente reservamos aos órgãos máximos da República. Em um segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. (VIEIRA, 2008, p. 444-445).

5 *Ibid.*, p. 444.

6 Interessante destacar análise de Maus (2000, p. 185-186) acerca da expansão do controle normativo protagonizado pelo Poder Judiciário por meio de comparação com o conceito psicanalítico da imagem paterna. Segundo seu estudo, o Poder Judiciário tem sido encarado como substituto da figura imperial do pai. Como a figura do pai perdeu importância na definição do ego na família e na sociedade, Maus afirma que essa sociedade órfã projeta a imagem do pai no Judiciário, que passa a exercer a função de moralidade pública por meio do modelo judicial de decisão. Os juízes aparecem como profetas ou deuses do Olimpo do direito, cuja personalidade é o pressuposto para uma decisão racional e justa. Sucede uma transferência de superego para o Judiciário.

Portanto, com a análise histórica do constitucionalismo na América latina e do agigantamento do Judiciário, vê-se necessidade de postura crítica com relação às consequências negativas desse estado de coisas. Imprescindível, portanto, que haja reflexão a respeito do fortalecimento do Judiciário e do seu papel político.<sup>7</sup>

## 2 IMPACTO DO ATIVISMO JUDICIAL NA SEPARAÇÃO DE PODERES E NO NECESSÁRIO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Após a análise da configuração do Judiciário pátrio e do seu agigantamento, como destacado no item anterior, passa-se a tratar do ativismo judicial consequente e de seu impacto na separação de poderes e no necessário sistema de freios e contrapesos.

O ativismo judicial corresponde a uma disfunção no exercício da função jurisdicional em detrimento da função legislativa, distorcendo o sentido do dispositivo aplicado. Ao permitir a ultrapassagem dos contornos que demarcam o campo de atuação do Judiciário em detrimento das funções legislativa e executiva, o ativismo judicial acarreta uma afronta ao princípio da separação dos poderes, pilar do Estado Democrático de Direito. É o protagonismo do Poder Judiciário problematiza sua suposta neutralidade política, bem como o princípio da separação dos poderes.

O respeito à separação de poderes consiste na manutenção do Judiciário dentro dos limites constitucionais impostos para exercício legítimo da função que lhe foi confiada. Em virtude da especialização funcional, cada Poder, predominantemente, exerce uma função específica, sem adentrar de forma indevida nas funções preponderantes dos demais Poderes. Um sistema equilibrado de controles recíprocos<sup>8</sup> permite a

7 Neste cenário, trago à colação as contundentes palavras de Gilberto Bercovici (2004, p. 23-24): O pensamento constitucional precisa ser reorientado para a reflexão sobre conteúdos políticos. Talvez devamos retomar a proposta de Loewenstein, que entendia a Teoria da Constituição como uma explicação realista do papel que a Constituição joga na dinâmica política. Afinal, o direito constitucional é direito político. A Constituição, no entanto, não pode ter a pretensão de resumir ou abarcar em si a totalidade do político, como ocorreu com a Teoria da Constituição Dirigente, pois foi nesse universo normativo fechado que, de acordo com Eloy García, prosperou o “positivismo jurisprudencial”. Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais. Na feliz expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e determinante da política.

8 Há na CF/88 vários exemplos que confirmam o sistema de freios e contrapesos presente em nosso direito constitucional: ao Legislativo compete autorizar o Presidente da República a declarar guerra e fazer paz (art. 49, II); livre escolha e nomeação dos Ministros do STF pelo Executivo; possibilidade do Judiciário declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, “a”); ao Senado Federal compete privativamente processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, bem como os Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II); possibilidade do veto do Poder Executivo à elaboração legislativa (art. 84, XIV); dentre outras hipóteses.

coexistência harmônica dos três Poderes, não podendo haver sobreposição de um com relação a outro nem invasão nas funções peculiares que sejam notas distintivas de um determinado Poder. Não se está aqui a apregoar que se aplique o princípio da separação dos poderes, modelo concebido por Montesquieu,<sup>9</sup> no século XVIII, sem contextualização com nossa realidade contemporânea, inserta no Estado Democrático de Direito.<sup>10</sup> Contudo, a atuação de um Poder não pode desconsiderar o arranjo institucional em que está inserido, considerando que há um núcleo da função que só pode ser exercido pelo Poder competente para tanto.

Importa ressaltar que a concepção de Estado Democrático de direito advém da composição histórica do constitucionalismo e da democracia. Constitucionalismo significa limitação do poder, supremacia da lei, respeito aos direitos fundamentais e submissão à Constituição. Uma das peças-chave do constitucionalismo é o princípio da separação de poderes. Democracia diz respeito à soberania popular e ao governo da maioria. Constitucionalismo e democracia supõem-se mutuamente, propiciando uma rica, complexa e produtiva tensão.

O ativismo judicial, dessarte, exacerba e põe em risco a dinâmica da tensão entre constitucionalismo e democracia.<sup>11</sup> Afigura-se imprescindível que a relação entre constitucionalismo e democracia seja paradoxal, sem sobreposição de um sobre o outro, isto é, sem preponderância do Judiciário sobre o Parlamento e o Executivo e vice-versa, sob pena de instalar-se o autoritarismo do Judiciário ou a ditadura do Parlamento e do Executivo.<sup>12</sup>

Em face do exposto, novas discussões precisam ser travadas com relação ao princípio da separação de poderes, tendo em vista a tensão existente entre constitucionalismo e democracia, decorrente do ativismo judicial. Uma séria reflexão acerca do papel da revisão judicial dentro

---

9 Segundo Montesquieu, todo homem que tem poder tende a abusar dele e, para que isso não ocorra, é necessário que haja a separação de poderes, isto é, que as três funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) sejam atribuídas a órgãos distintos, viabilizando que o poder freie o poder. (MONTESQUIEU, 1992, p. 163).

10 Ramos (2010, p. 114).

11 Mendes (2011, p. 19) exprime que a discussão entre Parlamento e Judiciário sobre os conflitos de direitos fundamentais diz respeito à tensão entre a democracia e o constitucionalismo. Neste sentido: “Controvérsias sobre quem deveria ter a última palavra em conflitos sobre direitos fundamentais, dessa maneira, são percebidas como tensões não apenas entre duas instituições – parlamentos e cortes – mas também entre dois ideais políticos – respectivamente, democracia e constitucionalismo.”

12 Sobre esse tema, as esclarecedoras palavras de Carvalho (2003, p. 83): “E isso porque, como nos revelam tanto a história do constitucionalismo como a história da democracia representativa, essa relação há que ser mesmo necessariamente complexa, paradoxal, pois só assim a imprescindível tensão entre os dois princípios pode se produzir e se tornar permanente, evitando tanto o desgaste do texto constitucional e a desestima à Constituição quanto a ditadura, a substituição da *res publica* pela *res total*. Aprendemos dolorosamente que a democracia só é democrática se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria ideia de democracia.”

da democracia impõe-se como essencial para definição dos limites demarcatórios de uma atuação legítima do Judiciário.<sup>13</sup>

### 3 ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO RUMO AO RESGATE DA DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO: INFLUENCIADORA IMPRESCINDÍVEL NA CONSTRUÇÃO DA ÚLTIMA PALAVRA INSTITUCIONAL

O Supremo propaga a assertiva de que a forma como está desenhada a Constituição conferiu-lhe o monopólio da última palavra institucional, o que leva à conclusão que pode mudá-la por meio da interpretação constitucional que realiza, como pode ser visto em manifestações explicitadas em seus julgados.<sup>14</sup>

Portanto, ao longo de sua atuação constitucional e diante do vácuo institucional deixado pelos outros Poderes com relação às suas próprias atribuições, o Supremo tem se tornado importante ator político ao estabelecer importantes destinos políticos do país. Porém, tal constatação não significa que se deva considera-lo como o prolator da última palavra institucional, uma vez que é mais um participante imprescindível na complexa atividade de realizar a interpretação legislativa.

Questionamentos filosóficos vêm sendo realizados acerca das premissas que conferem ao Judiciário, destacadamente às Cortes Constitucionais, um papel de proeminência em detrimento dos demais Poderes. Mostra-se importante refletir a respeito do papel que o Judiciário

13 Brito (1995, p. 39) traz importantes questionamentos a respeito do embate entre democracia e jurisdição constitucional: “A questão, pressupõe, portanto, habitualmente, que o poder legislativo do povo através dos seus representantes eleitos é a dimensão essencial da democracia e que a jurisdição constitucional é uma restrição à democracia na medida em que retira, pelo menos em parte, à lei a sua força. Por que razão deveriam os juízes, que não são legisladores eleitos pelo povo, poder afectar a força duma lei democrática? Não é isso governo dos juízes em vez de governo do povo?”.

14 No MS nº 26.603, o Supremo demonstra seu raciocínio jurídico com relação à possibilidade inclusive de reformular o conteúdo inserto na Constituição Federal, já que, segundo sua concepção, possui o monopólio da última palavra. Segue trecho da ementa: A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que a Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

deve desempenhar na democracia e da necessidade de resgate do papel do Parlamento, e sobre qual lugar a revisão judicial deve ocupar na democracia.

O jurista Waldron (2003, p. 5) trata da necessidade de resgate da dignidade da legislação e destaca que a má fama das legislações lançam dúvidas quanto as suas credenciais como respeitáveis fontes de direito. Waldron (2003, p. 11-13) traz questionamentos a respeito da corrente postura de juristas no sentido de não atribuir à legislatura parlamentar a denominação de direito por não ser digna para tanto, por ser arbitrária e sem profundidade.

O desacordo sobre a justiça entre os cidadãos é inerente à política. O Direito é fruto da política, por isso acolhe os desacordos existentes. Além disso, o desacordo não é exclusividade do Parlamento, também é encontrado no seio do Judiciário. Se somos muitos e divergimos a respeito da interpretação dos direitos, todos devem participar para solução do desacordo, para viabilizar boas respostas às divergências a respeito da interpretação dos direitos.

Como opção ao objetivo de definição de quem possui a última palavra institucional acerca dos desacordos sobre direitos, interessante proposta é apresentada pelo autor Conrado Mendes, qual seja, a interação dialógica que deve ocorrer entre os Poderes. Nesse sentido, os Poderes, no exercício de suas funções precípua, possuiriam apenas a palavra provisória, devendo restar configurada uma permanente circularidade, por meio de novas rodadas procedimentais.<sup>15</sup> Conclui, rompendo paradigmas, que a última palavra deve ser o resultado de interação dialógica entre os Poderes, cada um desenhando os melhores argumentos possíveis, desafiando-se mutuamente e incrementando, conseqüentemente, a democracia.<sup>16</sup> A resolução dos desacordos entre os direitos deve se dar, portanto, por meio da melhor interpretação, a qual poderá sim ser o resultado de diálogo entre os Poderes e a sociedade.

Nesse contexto, desenha-se a importância institucional da Advocacia-Geral da União como relevante participante do diálogo institucional entre os Poderes, caracterizando-se como personagem imprescindível para que se instaure, no seio de nossa sociedade, um fórum realmente digno de debates acerca da interpretação constitucional.

A Advocacia-Geral da União tem exercido um protagonismo na interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional, resgatando a dignidade de tais legislações, por meio de sua atuação consultiva, de

<sup>15</sup> MENDES (2011).

<sup>16</sup> Ibid.

sua atuação extrajudicial, além da proatividade que vem evoluindo na sua atuação contenciosa. No que é concernente à sua atuação consultiva, tem a atribuição de prestar assessoramento e orientação aos dirigentes do Poder Executivo Federal, com objetivo de dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão praticados, realizado a interpretação devida da legislação infraconstitucional e da Constituição, apontando os meios legalmente e constitucionalmente corretos para as consecuições dos fins desejados, propiciando a materialização das políticas públicas com respeito aos ditames constitucionais, viabilizando juridicamente as licitações e os contratos, além da importante atribuição de proposição e análise de medidas legislativas (Leis, Medidas Provisórias, Decretos e Resoluções, entre outros), imprescindíveis ao aprimoramento do Estado Democrático de Direito.

No que diz respeito à sua atuação extrajudicial, foi criada a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF)<sup>17</sup>, por meio da qual a Advocacia-Geral da União objetiva resolver administrativamente os litígios entre a União, autarquias e fundações, obstando que o Poder Judiciário seja instado a se manifestar.<sup>18</sup> A CCAF possui proativa função de construir as melhores e mais eficientes soluções para dirimir conflitos, com base na melhor interpretação das Leis e da Constituição, contribuindo de forma significativa para a diminuição de conflitos jurisdicionais ao resolver internamente de forma inteligente diversas problemáticas. Tal proceder contribui sim para o aprimoramento do sistema de freios e contrapesos necessário para o melhor funcionamento do Estado brasileiro, ao obstar que problemas internos da Administração Pública tenham resolução determinada pelo Judiciário, muitas vezes em substituição de sua tomada de decisão político-administrativa.

Com relação à atuação contenciosa, percebe-se uma postura de vanguarda na Advocacia-Geral da União ao se posicionar não apenas como um órgão reativo, mas sim como um órgão com proatividade, com reconhecimento de pedidos formulados nas demandas judiciais, com o fomento à realização de acordos, por meio de esforço jurídico no sentido de realizar a melhor interpretação constitucional e infraconstitucional, o que culmina numa maior concretização dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

---

17 Instituída pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007 (alterado pelo Ato Regimental nº 2, de 9 de abril de 2009. Sua estrutura está definida pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010 (redação alterada pelo Decreto nº 7.526, de 15 de julho de 2011.

18 O Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e o seu art. 18 prescreve a competência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal.

Tanto é avançada a postura da Advocacia-Geral da União no que é concernente à realização de acordos, reduzindo a litigiosidade, que o próprio Judiciário brasileiro reconheceu tal feito ao conceder o Prêmio Innovare em 2015, em virtude da atuação das Centrais de Negociação, do Departamento de Estudos Jurídicos e Contencioso Eleitoral da Procuradoria-Geral da União. As Centrais de negociação objetivam desafogar o Judiciário e a própria Advocacia pública, reduzindo o volume de processos em tramitação, economizando recursos para os cofres públicos e propiciando que o Judiciário preste seu ofício jurisdicional de forma mais célere.<sup>19</sup>

Outro prêmio recebido pela Advocacia-Geral da União, que demonstra o reconhecimento público dessa atuação moderna com ruptura de paradigmas, foi o concedido pela Escola Nacional de Administração Pública (Enap), no 19º concurso Inovação na Gestão Pública Federal, premiando o Programa de Redução de Litígios e de Aperfeiçoamento da Defesa Judicial da União,<sup>20</sup> cuja iniciativa consiste na desistência e abstenção de interposição de recursos de decisões judiciais nas quais já houve a legitimação do direito pretendido pelos autores.<sup>21</sup>

Outra atuação recentíssima da Advocacia-Geral da União, que obteve destaque e reconhecimento nacional, foi a realização de acordo coletivo, mediado pela Advocacia-Geral da União e assinado pelo Banco Central do Brasil, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, Frente Brasileira pelos Poupançadores e Federação Brasileira de Bancos, para correção das aplicações na poupança durante a vigência dos planos econômicos de 1980 e 1990, o qual foi homologado, em março de 2018, pelo plenário do Supremo, por unanimidade.<sup>22</sup>

Percebe-se, portanto, a promoção pela Advocacia-Geral de União de um diálogo institucional com vistas a concretizar direitos de milhares de cidadãos, prevenindo mais conflitos e reduzindo de forma contundente a litigiosidade, o que desconfigura, por completo, uma velha impressão de que a Advocacia-Geral da União caracteriza-se somente como um grande escritório jurídico que unicamente se defende de demandas judiciais

---

19 Destaque-se que, somente em 2014, tal projeto economizou cerca de R\$ 126 milhões ao erário. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/noticia/iniciativa-da-agu-para-reduzir-litigiosidade-vence-premio-innovare>>. Acesso em: 15 maio 2018.

20 A desistência e a abstenção de recursos são regulamentadas pelas Portarias nº 260/2012 da AGU, específica para STJ, e nº 227/2014 da AGU, para os Tribunais Regionais.

21 Mais de 108 mil recursos deixaram de ser interpostos no período compreendido entre 2013 e 2015, e, somente no STJ, tal proceder correspondeu a uma economia de quase R\$ 25 milhões aos cofres públicos. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/322977](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/322977)>. Acesso em: 15 maio 2018.

22 Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/648819](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/648819)>. Acesso em: 15 maio 2018.

propostas, interpondo infinitos recursos, sem uma postura conciliatória e de reconhecimento de direitos, quando é devida a sua concreção.

Resta claro, portanto, um perfil que vem se aprimorando da Advocacia-Geral da União no sentido de participante ativo nas resoluções de diversos conflitos institucionais e na correta interpretação constitucional, ao atuar de forma a acomodar extremos, ponderando os diversos interesses em jogo, desenhando, enfim, novos caminhos para soluções de conflitos, não instigando tão somente a judicialização das questões controvertidas. Nesse sentido, percebe-se sua importante função no equilíbrio que deve ser buscado nas relações entre os Poderes, auxiliando no exercício de balanceamento de freios e contrapesos nos conflitos interinstitucionais existentes.

Nesta ordem de ideias, a Advocacia-Geral da União com sua postura proativa na seara extrajudicial, por meio da Câmara de Conciliação e Arbitragem, e na seara contenciosa, com sua atuação de vanguarda na realização de acordos, com reconhecimento de direitos e com desistência de recursos, e com sua atuação alinhadora da constitucionalidade e legalidade da definição das políticas públicas e na elaboração de leis, possui sim um espectro político que dialoga com todos os Poderes, auxiliando na resolução de conflitos e obstando que muitos venham a ocorrer, o que, ao final, caracteriza-a como personagem imprescindível para um eficiente funcionamento do sistema de freios e contrapesos.

#### 4 CONCLUSÃO

Primeiramente, houve a análise do agigantamento do Judiciário em toda a América latina, o que estimula de forma intensa que o Poder menos democrático pretenda usufruir o monopólio da última palavra institucional. Tal hiperconstitucionalização, concretizada por meio da inserção de extenso corpo de direitos na Constituição, e o reforço constitucional e infraconstitucional atribuído à nossa Corte Constitucional desenharam o fenômeno da Supremocracia (VIEIRA, 2008), o qual leva a uma atuação tendente ao ativismo judicial, que desafia sobremaneira o princípio da separação de Poderes e a necessidade irrevogável de equilíbrio no sistema de freios e contrapesos diante dos conflitos entre Poderes, problematizando a dita neutralidade política que seria característica ínsita do Judiciário.

Porém, como dito, o crescente ativismo judicial não pode desconsiderar o arranjo institucional desenhado pela Constituição e não se pode permitir que a exacerbação do protagonismo do Judiciário

ponha em risco a necessária tensão dinâmica que deve existir entre constitucionalismo e democracia.<sup>23</sup> Não se pode deixar de entender que há uma relação imbrincada entre direito e política, destacadamente na seara da jurisdição constitucional. O Supremo tem atuado como importante ator político ao estabelecer importantes rumos políticos do país, porém, tal conclusão não culmina na assertiva inexorável de que configura o prolator da última palavra institucional, caracterizando-se mais um participante imprescindível na atividade de realizar a interpretação legislativa.

Nesse contexto, a Advocacia-Geral da União tem se firmado como imprescindível protagonista na função de intérprete da Constituição, ao exercer papel proativo e não apenas reativo no cumprimento de sua atribuição institucional, contribuindo para o necessário resgate da dignidade da legislação,<sup>24</sup> demonstrando que o Parlamento também configura fórum digno para decidir as questões mais graves a respeito dos direitos.

A Advocacia-Geral da União tem participado ativamente da necessária interação dialógica que deve acontecer entre os Poderes, como bem proposto pelo autor Mendes (2011), em substituição ao objetivo de definição absoluta de quem é o prolator da última palavra institucional, participando de forma proativa na resolução de acordos com apresentação dos mais variados argumentos interpretativos, estimulando e sendo integrante desse diálogo entre os Poderes e a sociedade.

Nessa senda, verificada está a importância institucional da Advocacia-Geral da União como imprescindível participante do diálogo institucional entre os Poderes, o que promove melhor equilíbrio no sistema de freios e contrapesos, contribuindo com o desenho da melhor interpretação infraconstitucional e constitucional e com o resgate da dignidade da legislação, por meio de sua atuação consultiva, de sua atuação extrajudicial, além da proatividade que vem ocorrendo na sua atuação contenciosa, não configurando mais a Advocacia pública reativa que apenas apresenta recursos incessantes, mas sim uma Advocacia pública proativa, empenhada em promover a concretização dos direitos fundamentais e das políticas públicas, com base na construção dialógica da melhor interpretação infraconstitucional e constitucional.

---

<sup>23</sup> Mendes (2011).

<sup>24</sup> Waldron (2003).

**REFERÊNCIAS**

BENVINDO, Juliano Zaiden. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade. In: GUERRA, Luiz. (Org.). *Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. v. 1. Brasília: Guerra, 2011. p. 560-582.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: Uma Relação Difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 61. São Paulo: 2004.

BRITO, José de Souza e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: Colóquio no 10º aniversário do tribunal constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 88. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito. Belo Horizonte, dez. 2003, p. 81-202.

HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions*. Estados Unidos: Heinonline: 2000.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. As formas de governo. A divisão de poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1992.

PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Direito). USP. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV* n. 08, p. 441-464, jul./dez. 2008. São Paulo, 2008.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. Tradução de Luiz Carlos Borges; revisão da tradução Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

---

# CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: CONSTITUCIONALISMO EM TEMPOS DE CRISE ( A ADVOCACIA PÚBLICA NOS 30 ANOS DA CARTA DE 1988)

---

## *CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: CONSTITUTIONALISM IN TIMES OF CRISIS (PUBLIC ADVOCACY IN THE 30 YEARS OF THE 1988 LETTER)*

*Leonardo de Mello Caffaro*

*Procurador Federal/RJ - Advocacia Geral da União-AGU. Instrutor da Escola da  
AGU. Mestre em Direito*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Poder pela Razão ou as Razões do Poder: reflexões sobre direito e justiça; 2 O Nível da Juridicidade e a Modernização da Administração Pública Brasileira: instrumentalidade, transformação e adequação; 3 O Contexto Histórico do Perfil Constitucional da Advocacia Pública; 4 A Advocacia Pública como Órgão Jurídico e Função Essencial à Justiça na Defesa do Interesse Público Dentro do Sistema Democrático; 5 Conclusão; Referências.

“É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.”

NORBERTO BOBBIO. A Era dos Direitos.

**RESUMO:** O presente trabalho procurou apresentar uma abordagem da crise por que passam hoje as noções de Direito, Estado e Advocacia Pública e suas transformações e configurações em termos de Efetividade, articulando-se as noções de Constitucionalismo e Democracia. Depois de considerações realistas e críticas, procura-se refletir sobre a condição da Advocacia Pública como órgão Jurídico e Função Essencial à Justiça. Buscou-se, por fim, conectar o Constitucionalismo e as Liberdades e a Democracia e a Participação Social, a partir da vinculação da Advocacia Pública à defesa de uma visão adequada do Interesse Público, baseada nos Direitos Humanos Fundamentais e nas Legítimas Políticas Públicas e o mérito Administrativo ou de Gestão, afastando-se de concepções autoritárias, totalitárias e corruptas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crise de Efetividade. Constitucionalismo. Democracia. Justiça e Advocacia Pública.

**ABSTRACT:** The present work sought to present an approach to the crisis that the notions of Law, State and Public Advocacy are passing through and its transformations and configurations in terms of Effectiveness, articulating with the notions of Constitutionalism and Democracy. After realistic and critical considerations, we try to reflect on the condition of Public Advocacy as a Legal Body and Essential Function to Justice. Finally, we sought to connect Constitutionalism and Freedoms and Democracy and Social Participation, from the linking of Public Advocacy to the defense of an adequate view of Public Interest, based on Fundamental Human Rights and Legitimate Public Policies and the administrative or management merit, moving away from authoritarian, totalitarian and corrupt conceptions.

**KEYWORDS:** Effectiveness Crisis. Constitutionalism. Democracy. Justice and Public Advocacy.

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Cabe destacar que se vive atualmente aspectos de uma crise que atinge o o Estado, o Direito e a Advocacia Pública. A crise, porém, entre o Cosmos<sup>2</sup> (a harmonia da ordem) e o Caos (a desordem), é um momento que exige reflexão. Impõe-se questionar a respeito de mudanças no Estado, no Direito, na Advocacia Pública e especialmente na discussão do que se entende por efetividade jurídica e sua correlação com o Direito, a Justiça e a Democracia, de modo que Advocacia Pública possa ser reconhecida como um órgão jurídico do Estado, exercente de uma função essencial à Justiça, que veicula Cidadania na defesa do Interesse Público, dentro do Constitucionalismo e da Democracia, apesar da crise vivenciada.

O presente trabalho aborda dois grandes campos de reflexão: transformações e configurações no Estado e no Direito, refletindo sobre o Constitucionalismo e sua crise, juntamente com o Sistema Democrático e transformações e configurações na Advocacia Pública, desdobrando-se as relações entre Direito, Justiça e Democracia.

Passemos, inicialmente, por algumas questões de abrangência geral.

### 1 O PODER PELA RAZÃO OU AS RAZÕES DO PODER<sup>3</sup>: REFLEXÕES SOBRE O DIREITO E A JUSTIÇA

A defesa do Poder da Razão ou das Razões de Poder é um dilema do Direito e da própria Advocacia Pública. Eles, porém, não detêm uma racionalidade superior ao debate democrático e nem são legitimadores da ação de governos autoritários, totalitários e corruptos. Como a Advocacia Pública é reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como uma função essencial à Justiça - o que não é exclusivamente essencial ao Poder Judiciário, já que nem toda a atuação jurídica desagua no judiciário e o Judiciário não é a única instituição jurídica dentro de uma ética jurídica -, restaria indagar, portanto, o que seria Justiça hoje, apesar de toda polêmica que o tema já gerou.

1 Este trabalho contém trechos de outro artigo de nossa autoria de nome 'A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA DA ADVOCACIA PÚBLICA: UMA REFLEXÃO SOBRE O PERFIL INSITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA BRASILEIRA (JUSTIÇA, SEGURANÇA JURÍDICA E CIDADANIA), enviado recentemente para outros meios publicação, estando adaptado e acrescido de outros tópicos relacionados à temática desta publicação.

2 A figura do combate entre a ordem e o caos aparece em diferentes culturas, como na cultura judaica e na cultura grega, com seus símbolos, mitos, metáforas e reflexões. Na cultura oriental tradicional, o Nirvana gera um estado de harmonia com a extinção definitiva do sofrimento humano alcançada por meio da supressão do desejo e da consciência individual, o que se sustenta em uma ordem social hierarquizada, autoritária e totalitária, que desconsidera as noções de Direito e Justiça em nome de uma ordem supostamente natural.

3 Para uma abordagem ampla dos temas versados neste capítulo vide: (CAFFARO, 2017); (BARROSO, 2005); e (CANOTILHO, 2003)

O embate entre o Jusnaturalismo e o Positivismo foi uma polémica quem permeou durante muito tempo o debate jurídico. O jusnaturalismo, busca de um Direito superior ao posto pelo Estado (seja em suas vertentes religiosas, racionalistas, empiristas ou contratualistas), tem a sua crítica firmada em seu caráter metafísico (em que o “dever ser é”) ou cientificista dogmático (em que o “o que é deve ser”). No positivismo, o Direito aparece como expressão do poder e tem a sua crítica em virtude da imposição do rigorismo legalista ou da mera expressão dos fatores reais de poder, cabendo o questionamento do que seria Poder, já que não é necessariamente o uso da força.

Com os horrores gerados pela Segunda Guerra Mundial, três tendências se desenvolveram: a elaboração de tratados sobre Direitos Humanos e a reorganização dos Estados no âmbito internacional; uma nova leitura do Direito Constitucional, a partir da noção de Força Normativa da Constituição; e a ascensão do Pós-positivismo como expressão de um direito ético, com a superação do rigorismo legalista, sem desprezar o direito posto, a partir da força normativa dos Princípios Jurídicos. O Direito voltou a dialogar com a Justiça e a Justiça adviria da correta aplicação do Direito como virtude institucional na demarcação das esferas de Liberdade (igual liberdade).

Com relação à Ordem Internacional, põe-se em questionamento as noções de Soberania, Globalização, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, a mobilidade de pessoas e de bens, a tributação, a Economia e a Limitação dos Recursos Públicos, entre o Orçamento Público e a Função Social da Propriedade e a Responsabilidade Social, Ambiental, os Riscos Sociais, a Responsabilidade Fiscal e a Economicidade.

Com o movimento de força normativa da constituição (Konrad Hesse), a Constituição não se prestaria apenas a se conformar à realidade (expressão dos fatores reais de poder, segundo Ferdinand Lassalle), mas teria o papel de transformar a realidade (base do constitucionalismo contemporâneo – neoconstitucionalismo – e suas figuras de hermenêutica constitucional, a constituição não seria uma folha de papel, mas uma estrutura apta a transformar a realidade pelo seu caráter prescritivo, ‘dever ser’).

O dirigismo constitucional busca ir além da forma da Constituição. Caberia, portanto, ao jurista exprimir a ideologia da constituição e seu papel político. Com a ênfase na judicialização como forma de efetivação do direito, a interpretação evolutiva da constituição e sua concretização acabariam por desencadear o que se chamou de judicialização da política, incentivada pela crise do sistema representativo (corrupção, crise das ideologias e utopias...). A crítica da judicialização da política parte do déficit de democraticidade e da projeção de concepções pessoais, mas a resposta vem da defesa das minorias

e grupos vulneráveis (caráter contramajoritário). Poderíamos indagar o que se entenderia por Democracia<sup>4</sup>?

Ter-se-ia uma noção de Democracia formal, que corresponderia ao poder do povo, à prevalência da maioria. Uma outra noção seria a substantiva, como participação nas estruturas de poder. Uma busca por conciliação seria o procedimento, como conjunto de atos destinados a um fim (já teria um caráter jurídico pela busca de consensos e de regulação de mecanismos de administração dos conflitos). Como processo, desencadeia a ideia de contraditório e dos mecanismos de administração de conflitos a despeito dos diferentes sistemas sociais (diversidade de fins: não é apenas uma questão sociológica, mas existencial).

O grande debate do direito é conciliar Justiça (correta aplicação do direito, virtude institucional de igual liberdade) e Democracia (participação popular) e o objetivo é a busca da modernização e democratização da experiência jurídica brasileira, a partir de uma postura ética (a experiência jurídica – história – e as legítimas expectativas normativas – comunicação normativa), havendo uma crítica ao (co) (co) institucionalismo: arranjos políticos para se manter hegemonias políticas autoritárias e totalitárias e sistemas de acobertamento da corrupção, como têm demonstrado os escândalos que se sucedem.

## **2 O NÍVEL DA JURIDICIDADE E A MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: INSTRUMENTALIDADE, TRANSFORMAÇÃO E ADEQUAÇÃO**

Como vimos, o atual nível de juridicidade se desenvolve a partir de três tendências: a elaboração de tratados sobre Direitos Humanos e a reorganização dos Estados no âmbito internacional; uma nova leitura do Direito Constitucional, a partir da noção de Força Normativa da Constituição; e a ascensão do Pós-positivismo como expressão de um direito ético, com a superação do rigorismo legalista, sem desprezar o direito posto, a partir da força normativa dos Princípios Jurídicos. Assim, Direito voltou a dialogar com a Justiça e a Justiça adviria da correta aplicação do Direito como virtude institucional na demarcação das esferas de Liberdade (igual liberdade).

Destaca Norberto Bobbio, porém, que a Era dos Direitos foi desenvolvida a partir da seguinte observação:

1. Os Direitos Naturais são direitos históricos,

---

<sup>4</sup> Para considerações sobre o tema: (BOBBIO, 1994),( PEDRA, 2014).

2. Nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade;
3. Tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico. ( A Era dos Direitos, BOBBIO, 1992).

Anteriormente, na Antiguidade, na Idade Média e no Renascimento, vigoravam concepções organicistas de base filosófica ou religiosa, retomadas posteriormente por novos fenômenos autoritários e totalitários como o Fascismo, o Nazismo, o Comunismo.

A partir do Iluminismo, o Direito começa a amplamente dialogar com a Liberdade, que é o seu verdadeiro pressuposto, corrigida pela noção de Justiça, como correção e virtude institucional de igual Liberdade, passando todos os Direitos em suas diferentes dimensões a refletir o panorama das Liberdades (ISRAEL,2005), com corretivos de Justiça, refletindo-se na abordagem do Constitucionalismo (CANOTILHO, 2003).

Os Estudos de Administração Pública<sup>5</sup> apresentam como marcos o Patrimonialismo<sup>6</sup>, apropriação privada da esfera pública; a Burocracia, a gestão pública normativa; e o Gerencialismo (que busca efetivar as técnicas de gestão de resultados oscilando entre a Politização e o Economicismo, muitas vezes tomando um para chegar no outro).

O gerencialismo não começa com a revolução industrial, mas no cientificismo do Renascimento com Maquiavel, Hobbes e Bodin (MONCADA, 1965), (CAFFARO, 2017). O Industrialismo incentivou posteriormente a concepção Burocrática como se deu na República de Weimar (Weber, 1999 e 2000) (REALE,1991, p.467e segs.) e na era Vargas, que, porém, flertou posteriormente com o fascismo e nazismo ao romper com as liberdades (FAUSTO,1999).

Aqui chamamos atenção para os riscos de uma concepção cientificista positivista da sociedade, do Estado e da Administração Pública que despreze os Direitos e as Liberdades e a Justiça como virtude das instituições sociais e correção, como ocorreu na abordagem sociológica totalitária da visão científica do Serviço Público, contra a qual foi necessário se desenvolver a noção de Regime Administrativo Constitucional ( BANDEIRA DE MELLO, 2006) como forma de limitação e controle da atividade do Estado em busca de eficiência, procurando-se superar o dilema entre a Instrumentalidade da abordagem normativa e a perspectiva transformadora de gestão, seja em seu viés politizador ou economicista, a partir de um

---

5 Para uma perspectiva de Gestão Pública em abordagens distintas, mas complementares, vide (BÄCHTOLD,2012) e ( ALVES,2015)

6 Para uma abordagem do assunto no Brasil (FAORO, 2001)

referencial de Adequação, em uma perspectiva Constitucional e Democrática, associando a experiência jurídica com a comunicação normativa.

Como veremos, a Constituição Federal de 1988 tentou imprimir um caráter dirigente, de transformação social pela força normativa da Constituição e sua busca de Judicializar a Política. Falava-se, aqui, inclusive, em influência da doutrina do Partido Comunismo Português ( a fim de assegurar hegemonia e aparelhar o Estado), com os problemas de deficiência do debate democrático como já nos referimos, até pelo fato de Justiça, dentro de uma perspectiva ético jurídica não ser sinônimo de Judiciário, ainda mais com a Constituição adotando a perspectiva de Controle e Eficiência do Regime Administrativo que se completa com a abordagem da Efetividade de Direitos.

### **3 O CONTEXTO HISTÓRICO DO PERFIL CONSTITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA**

É relevante destacar que o contexto histórico do perfil Constitucional da Advocacia Pública não foi favorável a uma abordagem efetiva da Advocacia Pública no Brasil, por razões que passamos a expor.

Em primeiro lugar, pelo caráter dirigente que se tentou imprimir à Constituição de 1988. A ideia de judicialização (judicialização inclusive da política) fez com que muitos Juízes e Membros do Ministério Público-MP se considerassem como agentes políticos, como órgão de Poder, mesmo não tendo sido eleitos e serem servidores públicos, ainda que vitalícios, afastáveis dos seus cargos apenas por decisão judicial. Tudo isto em função da força normativa da constituição e figuras da hermenêutica constitucional (como interpretação conforme a constituição e inconstitucionalidade sem redução de texto + defesa das minorias e dos grupos vulneráveis e a aplicação imediata da Constituição). A constituição é afeta a um determinado momento histórico (que gera sua identidade constitucional), sendo impossível, porém, totalizar o pensamento jurídico, sem que se configure um déficit de democraticidade, podendo-se falar em *patamarese* abertura de normatividade.

Na mesma linha, veio um forte lobby na elaboração da Constituição do Ministério Público-MP e da Magistratura em razão da aposta na judicialização. O Supremo Tribunal Federal foi colocado ao mesmo tempo como guardião da Constituição e órgão de cúpula do Poder Judiciário. Falava-se na incidência da Constituição diretamente na realidade com o incremento da judicialização. O MP e a Magistratura seriam carreiras veiculadoras da judicialização. Canotilho reviu sua posição do Dirigismo Constitucional e hoje já fala na necessidade de diálogo dos puros constitucionalistas com os puros democratas (CANOTILHO, 2003, p. 1450). O fato é que,

depois da Constituição, praticamente todos os Membros da Procuradoria da República migraram para o Ministério Público Federal, havendo um esvaziamento da Advocacia Pública Federal, o que contribui para os frágeis termos da Lei Complementar nº 73/1993, atual Lei Orgânica da AGU, em comparação com toda estrutura principiológica e instrumental da Lei Complementar nº 75/1993, Lei Orgânica do MP da União.

Outro argumento contrário a uma abordagem efetiva da Advocacia Pública foi a associação com a defesa das razões de governos autoritários e o caráter fiscalista<sup>7</sup>, sem contudo se atentar para os vínculos entre o Constitucionalismo e a Democracia que a Advocacia Pública representa.

Por fim, havia uma presunção de que o Executivo investiria nas carreiras que o representam. Na verdade, a Advocacia Pública detem a representação de todos os poderes do Estado em juízo. Mas a pergunta é: até que ponto há o interesse em investir em uma carreira que, ao fazer a conexão entre Constitucionalismo e Democracia, dá contornos Ético-Jurídicos para a atuação do Estado, para além das meras afirmações da Vontade de Poder de justificação de posição política situacionista? Que se desdobra em: até que ponto as políticas públicas podem-se sobrepor ao Estado Democrático de Direito, às reflexões entre Justiça e Democracia e ao caráter Republicano?

Há a necessidade de diferenciação de papéis entre o MP e AP, pois houve uma ampla regulação do MP na CRFB/88, inclusive com cláusula (Art. 129, IX, da CRFB) que permite a ampliação de sua atuação só restringida pela vedação do exercício da consultoria e da representação judicial de órgãos públicos (a atuação da AP é um fator de restrição do MP e possivelmente até do Judiciário, se se enfatizar aspectos éticos de redução de demanda).

#### **4 A ADVOCACIA PÚBLICA COMO ÓRGÃO JURÍDICO E FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA NA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO DENTRO DO SISTEMA DEMOCRÁTICO**

Como vimos, ser essencial à Justiça não é ser somente essencial ao Judiciário, já que nem toda a atuação jurídica desagua no Judiciário e o Judiciário não é a única instituição jurídica dentro de uma ética jurídica, mas à Justiça como o valor da correta aplicação do direito e virtude institucional de igual Liberdade (experiência jurídica – historicidade e participação, como viés democratizante - mais as legítimas expectativas normativas, como busca de consensos e comunicação normativa), o que não se realiza apenas pela via judicial. Há uma crítica às ditaduras das maiorias e das

---

7 Leonardo Vizeu é um dos poucos Constitucionalistas que tenta conectar o histórico da Advocacia Pública com a transição Constitucional e Democrática. ( Vide FIGUEIREDO, 2013, p. 1070 e segs.)

minorias, sendo que o debate jurídico atual aborda a conciliação entre Justiça e Democracia, o resgate da discussão da efetividade do direito (corretitude, virtude institucional de igual liberdade + participação).

A Advocacia Pública é uma Função Essencial à Justiça, mas é essencialmente um órgão jurídico, com os contornos jurídicos que lhe dá a Constituição Federal e exigem a experiência jurídica e a comunicação normativa, em seu caráter de fundamentalidade e legitimidade.

Vamos à previsão normativa da Advocacia Pública na Constituição. Sua previsão constitucional está nos arts. 131 e 132 da CRFB/1988, correspondendo a uma Seção Própria no Capítulo das Funções Essenciais à Justiça, no Título IV, que se refere à Organização dos Poderes, da Constituição. Como observação inicial, podemos destacar a condição de função essencial à Justiça (não necessariamente ao Poder Judiciário), sendo que a previsão da disciplina da Advocacia Geral da União-AGU acaba sendo a grande referência da Advocacia Pública (art. 131), cabendo a discussão da possibilidade de aplicação por paralelismo constitucional aos outros entes federativos. O art. 132 (redação atual introduzida por Emenda Constitucional) fala das Procuradorias dos Estados e nas corregedorias próprias, gerando a impossibilidade de punição externa de caráter meramente administrativo.

O que se constata é que se trata de uma disciplina mais restrita que a do Ministério Público e da Magistratura, por razões históricas anteriormente apresentadas. O art. 131 da CRFB/1988 fala da Consultoria, Assessoramento Jurídico e do Contencioso, correspondendo a uma visão integrada da Advocacia Pública, destacando ainda a representação judicial e extrajudicial - que desagua na discussão da questão da representação legal -, sendo certo que a vinculação dos demais agentes públicos passaria pela disciplina da Lei Complementar da Instituição (pareceres vinculantes e medidas de redução de demanda) e leis e atos administrativos específicos dentro das possibilidades da Constituição.

Como todas as instituições jurídicas zelam pelos Direitos Humanos Fundamentais, a especificidade da Advocacia Pública, como função essencial à Justiça, está no controle orçamentário e na busca pela eficiência administrativa (o que se faz pensar, além da necessidade de orientação jurídica com relação aos gestores públicos e à administração pública, em parcerias com os Tribunais de Contas e órgãos de Controle Interno, em nome da probidade e da eficiência, para além da judicialização!)

Segundo Gustavo Binenbojm<sup>8</sup>, as funções institucionais básicas da Advocacia Pública seriam a consultoria e a representação judicial, que deveriam observar os valores do Estado Democrático de Direito. O primeiro destes valores seria o Compromisso Democrático, que

8 (BINENBOJM, 2014).

corresponderia à legitimidade democrática e à governabilidade, já que na democracia haveria a mediação dos interesses do Estado e da Sociedade na realização de políticas públicas legítimas ( que a Advocacia Pública ajudaria a elaborar e defender), havendo uma contribuição para a governabilidade, tanto é que caberia à consultoria o aproveitamento da vontade política e, mesmo negando a juridicidade, deveria dizer o que é possível. A segunda vertente seria o compromisso jurídico, que corresponderia à imposição de limites jurídicos à vontade dos gestores públicos (tanto na consultoria quanto na representação judicial).

Assim, tanto a consultoria jurídica quanto a representação judicial fariam controle de juridicidade (que deveria ser diferente da visão do Ministério Público-MP: investigação de irregularidades) e a realização da vontade democrática dos governantes eleitos (que deveria ser diferente da ideologia do partido político, já que quem governa atua em nome do Estado, mas o faz pela sociedade em seu caráter plural).

A ordem, porém, da fixação dos compromissos por Binbenojm ( lembrando que valores são compromissos entre interesses contrapostos) não nos parece correta, pois a Advocacia Pública, como função essencial à Justiça, é órgão jurídico do Estado que veicula Cidadania na Defesa do Interesse Público (Primário e Secundário). O Interesse Público Primário corresponderia aos Direitos Humanos Fundamentais - dentre os quais os Direitos Políticos seriam apenas uma de suas vertentes - que são deveres do Estado, sendo que a Probidade e a Eficiência Administrativa são Direitos Humanos Fundamentais transindividuais, e todos os Direitos Humanos Fundamentais devem ser observados pelo Estado, inclusive o Regime Administrativo Constitucional fixado na Constituição, calcado na Legalidade, na Impessoalidade, na Moralidade, na Publicidade e na Eficiência. O Interesse Público Secundário são as Legítimas Políticas Públicas e o Mérito Administrativo ou de Gestão. Deve-se lembrar que o Regime Administrativo é baseado na primazia e na indisponibilidade do Interesse Público, dentro desta ordem de configuração (PEDRA, 2014), (BANDEIRA DE MELLO, 2006).

Assim, o Controle de Juridicidade (para a Advocacia Pública, como órgão jurídico e função essencial à Justiça) viria antes da afirmação das Legítimas Políticas Públicas e do Mérito Administrativo ou de Gestão, atuando-se em uma perspectiva mais ampla de redução de demandas jurídicas em nome da própria Segurança Jurídica.

Existe um grande debate entre as visões públicas de Advocacia de Estado (Ética Administrativa) e Advocacia de Governança (orientação e defesa de Políticas Públicas), mas não são concepções incompatíveis, pois o Estado tem o dever de se submeter aos Direitos Humanos Fundamentais e quem

governa o faz para toda sociedade em seu aspecto plural. Além disto, podem ser articuladas a partir de uma nova visão do Interesse Público, como anteriormente apresentado.

Além do mais, deve-se destacar que a experiência histórica internacional apresenta vários modelos, ora mais restritos ora mais abrangentes, de Advocacia Pública (Procuraturas Públicas) entendida esta como um gênero. No Brasil, adota-se uma concepção ampla de AP, englobando o Ministério Público (defensor da Sociedade), Advocacia Pública de Estado (defensora do Estado e do Governo) e a Defensoria Pública (defensora dos necessitados). Já fizemos distinções destacando que a AP não se confunde nem com o MP e nem com Advocacia de Partido Político, bem como não se confunde com a Advocacia Privada e a Defensoria Pública, tendo tópico específico na Constituição com relação à Advocacia e à Defensoria, sendo que sua vinculação à Advocacia só existe pela sistemática da Constituição, além do nome, pela figura do quinto constitucional para composição dos Tribunais (a rigor deveria haver um quinto para as funções públicas essenciais à Justiça, não apenas para o MP, e outro para a Advocacia Particular), não sendo, no momento, a AP uma Instituição desvinculada da Advocacia em geral, não tendo ainda sua autonomia definida e grande parte de suas prerrogativas de atuação decorrerem da condição de Advogados e Servidores Públicos de seus membros, sem desconsiderar as especificidades que constam ou deveriam constar na Lei Orgânica da Instituição ou constam na Constituição.

Há que se observar que o Brasil adota o modelo Anglo-Americano de Jurisdição Una (em que o Judiciário julga os particulares e o Estado), que diferencia-se do modelo do Contencioso Administrativo Francês, como uma Justiça Específica para julgamento de questões envolvendo a Administração Pública<sup>9</sup>, sendo que a atuação da AP, como órgão de atuação judicial e controle interno, é compor a visão de efetividade de Direitos do Judiciário e de Controle e Eficiência da Administração Pública pelo Tribunal de Contas<sup>10</sup> e, apesar da necessária reforma política para

---

9 No entanto seu modelo de Direito Administrativo Constitucional é Francês, com o Regime Administrativo, Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, além de concurso público e carreiras públicas, licitações, concessões e contratações administrativas, etc., o que se torna mais nítido na organização da Justiça Federal, que, apesar de se tratar de uma Justiça praticamente Administrativa, segue o modelo da Unidade de Jurisdição Anglo Americana, mesmo aplicando e se submentendo ao Regime Administrativo Constitucional.

10 Há, na defesa da efetividade de Direitos e de Controle e Eficiência, uma forte perspectiva de caráter economicista e de desenvolvimentista, lembrando, aqui, as teses centrais do discurso e da prática de efetivação de Direitos: 1) Máxima Efetividade Constitucional ; 2) Custos de Direitos; 3) Proporcionalidade e Razoabilidade ; 4) Reserva do Possível; 5) Mínimo Existencial; 6) Democracia e Equilíbrio Orçamentario; 7) Mapeamento Constitucional ; 8) Governabilidade; 9) Justiça Social; 10) Responsabilidade Fiscal.

desprofissionalizar e democratizar efetivamente o sistema político eleitoral, zelar pelas boas práticas dos agentes públicos.

## 5 CONCLUSÃO

A crise no Direito, no Estado e na Advocacia Pública marca um período de mudanças e transformações na esfera do Direito, da Justiça e da Democracia, no qual vivenciamos tempos de Crise no Constitucionalismo que afetam a própria abordagem da Advocacia Pública, que ainda demanda a concretização de um efetivo do papel Constitucional da Advocacia Pública nestes 30 anos da Constituição Federal de 1988. Como falar em Direito e Constitucionalismo remonta em falar nas Liberdades e falar em Democracia desencadeia reflexões sobre a participação social, está em jogo as noções de Direitos Humanos Fundamentais e Cidadania, sendo oportuna a seguinte noção de Norberto Bobbio:

Para quem examina essa constante dialética de liberalismo e democracia de um ponto de vista de teoria política geral, fica claro que o contraste contínuo e jamais definitivamente resolvido (ao contrário, sempre destinado a se colocar em níveis mais altos) entre a exigência dos liberais de um Estado que governe o menos possível e a dos democratas de um Estado no qual o governo esteja o mais possível nas mãos dos cidadãos, reflete o contraste entre dois modos de entender a liberdade, costumeiramente chamados de liberdade negativa e liberdade positiva, e em relação aos quais se dão, conforme as condições históricas, mas sobretudo conforme o posto que cada um ocupa na sociedade, juízos de valor oposto: os que estão no alto preferem habitualmente a primeira, os que estão embaixo preferem habitualmente a segunda. Como em toda sociedade sempre existiram até agora uns e outros, o contraste benéfico entre as duas liberdades não é do tipo das que podem ser resolvidas de uma vez sempre, com as soluções por ele recebidas sendo muitas vezes soluções de compromisso. Infelizmente tal contraste nem sempre é possível: não é possível nos regimes em que, no posto da primeira, há um poder sem limites; no posto da segunda, um poder acima de qualquer controle. Mas contra um e contra outro, liberalismo e democracia se transformam necessariamente de irmãos inimigos em aliados. (Bobbio, 1994)

A Advocacia Pública faz a ponte entre o Constitucionalismo e as Liberdades e a Democracia e a Participação Social. Ao zelar pelos Direitos Humanos Fundamentais e as Legítimas Políticas Públicas e o Mérito

Administrativo ou de Gestão, a Advocacia Pública defende o Interesse Público em sua integralidade sem se vincular a Concepções Autoritárias, Totalitárias e Corruptas, articulando, assim, Direito, Justiça e Democracia, gerando novos padrões de efetividade Jurídica, conectando a Força Normativa da Constituição com a ordem internacional e suas demandas e a argumentação e a busca de consensos e correção como virtude ético-jurídica de todas as instituições sociais, inclusive do Estado, do Governo e da Administração Pública, em uma perspectiva de Instrumentalidade e Efetividade, Transformação e Adequação.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo Vicente. *Gestão Pública contemporânea*. Rio de Janeiro, RJ: Alta Book, 2015.

BÄCHTOLD, Ciro. *Noções de Administração Pública*, Instituto federal - Paraná Educação a Distância, Curitiba, PR, 2012 . Disponível em: <[http://ead.ifap.edu.br/netsys/public/livros/Livros%20Curso%20Servi%C3%A7os%20P%C3%BAblicos/M%C3%B3dulo%20I/Capa%20Nocoos%20Administracao%20Publica\\_IFAP/Livro%20Nocoos%20Administracao%20Publica.pdf](http://ead.ifap.edu.br/netsys/public/livros/Livros%20Curso%20Servi%C3%A7os%20P%C3%BAblicos/M%C3%B3dulo%20I/Capa%20Nocoos%20Administracao%20Publica_IFAP/Livro%20Nocoos%20Administracao%20Publica.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 21. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Administrativo*. v. 240. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. O papel da Advocacia Pública na estabilidade Jurídica e no desenvolvimento do País. In PEDRA Adriano, Sant' Ana (coord.). *Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas.* / coordenação de Adriano Sant' Ana Pedra; Julio Pinheiro Faro; Pedro Gallo Vieira. Curitiba: Juruá, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo e democracia*/Norberto Bobbio; tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CAFFARO, Leonardo de Mello. *O Pós-positivismo como expressão do direito ético: o direito como experiência (historicidade da positivação) e legítimas expectativas*

normatividade (Comunicação normativa) / Leonardo de Mello - São Paulo: All Print, 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 6. reimpressão. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. revisada. São Paulo: Globo, 2001.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 6. ed São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação para o Desenvolvimento da Educação, 1999, -(Didática, 1).

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Tradução de Carlos Souza. Barueri, SP: Manole, 2005.

PEDRA Adriano, Sant' Ana (coord.). *Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. Coordenação de Adriano Sant' Ana Pedra; Julio Pinheiro Faro; Pedro Gallo Vieira. Curitiba: Juruá, 2014.

PEDRA Adriano Sant'Ana. A importância da Advocacia pública de Estado para a Democracia Constitucional In: PEDRA Adriano, Sant' Ana (coord.). *Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. Coordenação de Adriano Sant' Ana Pedra; Julio Pinheiro Faro; Pedro Gallo Vieira. Curitiba: Juruá, 2014.

REALE, Giovanni. *História da Filosofia: Do romantismo até nossos dias*/Giovanni Reale, Dario Antiseri. São Paulo: PAULUS, 1991. (Coleção filosofia).

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*/ Max Weber; trad. De Regis Barbosa e Karen e Elsabe Barbosa; ver. Téc de Gabriel Cohn. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, 2009 (reimpressão).

\_\_\_\_\_. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*/ Max Weber; trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. Téc de Gabriel Cohn. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, 2009 (reimpressão) v. 2.

---

# **A POLÍTICA PÚBLICA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E SUA GUARIDA POR MEIO DAS AÇÕES REGRESSIVAS ACIDENTÁRIAS**

***THE PUBLIC POLICY FOR THE PROTECTION OF THE  
ENVIRONMENT OF WORK AND THEIR ACCURACY THROUGH  
THE ACCIDENTARIAN REGRESSIVE ACTIONS***

---

*Manuel Jasmim Correia Barros*

*Procurador Federal, mestrando em Direitos Sociais e Processos reivindicatórios do  
Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Política Pública de Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho; 2 Os Impactos dos Acidentes de Trabalho na Previdência Social; 3 O Direito de Regresso e sua Fundamentação Legal; 4 Agentes de Cooperação: A Participação Interinstitucional e sua Fundamental Importância; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Trata o presente artigo de análise da construção do conceito de meio ambiente do trabalho, sua proteção através de políticas públicas preventivas de acidentes laborais e o papel das demandas regressivas acidentárias como instrumento de sua proteção.

**ABSTRACT:** This article analyzes the construction of the concept of the work environment, its protection through preventive public policies of industrial accidents and the role of accidental regressive demands as an instrument of its protection

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio Ambiente do Trabalho. Acidentes do Trabalho. Políticas Públicas. Ações Regressivas.

**KEYWORDS:** Work Environment. Accidents at Work. Public Policy. Regressive Actions.

## INTRODUÇÃO

Historicamente, é a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo de 5 a 16 de junho de 1972, que se atenta para a necessidade de um “critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano” (ONU, 1972).

A Declaração resultante de tal Conferência traz que:

1. O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma.

De tal dispositivo, já é possível extrair dois aspectos do meio ambiente humano: o meio ambiente natural, constituído pela interação entre seres vivos e seu meio, e meio ambiente artificial, isto é, o “espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e dos equipamentos públicos” (SILVA, 2011, p. 21).

Os estudos desenvolvidos a partir de então dividem o meio ambiente, ainda, em mais dois aspectos: o meio ambiente cultural (“Patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, difere do anterior pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou” – conceito extraído da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972 – incorporada ao direito pátrio pelo Decreto n. 80.978/1977) e o meio ambiente de trabalho (espécie de meio ambiente artificial, onde se desenvolvem as atividades de trabalho).

A tutela jurídica do meio ambiente ganhou especial destaque no Brasil com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em outubro de 1988, que expressamente trouxe, em seu art. 225, que

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Além disso, ainda no âmbito constitucional, a tutela do meio ambiente é tratada dentre as obrigações do Sistema Único de Saúde, cujos objetivos, dentre outros, são “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador” e “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho” (CF/88, art. 200, II e VIII).

A proteção aqui referida, contudo, já era prevista no direito brasileiro, com destaque para a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que o define como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (Lei 6.938/1981. Art. 3º, I).

Dentro de um Estado considerado democrático, os direitos fundamentais se posicionam de forma central, de onde emana todo o ordenamento jurídico, além de vincular tanto o poder público, quanto entidades privadas (ROMITA, 2014, p. 242). O trabalhador, “como sujeito de uma relação de emprego, [...] desfruta simultaneamente o gozo dos direitos fundamentais, qualquer que seja a família de direitos a ser considerada” (ROMITA, op. cit., p. 242).

A Constituição brasileira, promulgada em 1988, também eleva a status maior a valorização do trabalho humano (art. 170), inserido como fundamento da ordem econômica. Além disso, o direito fundamental à saúde do trabalhador também encontra guarida constitucional expressa no art. 7º, que reconhece como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Tal positividade é fruto das décadas de defesa de tal direito não só no Brasil, mas também no âmbito internacional, com especial destaque para a Declaração de Filadélfia, da OIT, realizada em 1944, em que se reafirmam os princípios fundamentais sobre os quais se funda a Organização, com especial realce para a percepção de que “trabalho não é uma mercadoria”.

A importância da Declaração de Filadélfia, que veio a substituir o art. 427 do Tratado de Versalhes, não se resume à autonomia científica do Direito do Trabalho, mas também ao aumento do dinamismo e da competência da Organização Internacional do Trabalho (SUSSEKIND, 2000, p. 23). Dentro desse novo dimensionamento da Organização, deixa-se de se preocupar somente com as condições de trabalho e os direitos previdenciários do trabalhador, passando-se a proteger diversos direitos humanos correlacionados com o trabalho (SUSSEKIND, op. cit., p. 25).

A OIT prossegue com tal aprofundamento, ao estatuir, em sua Convenção n. 155, que “o termo ‘saúde’, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos

físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho”.

## 1 A POLÍTICA PÚBLICA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

Fixado o conceito de Meio Ambiente de Trabalho, passa-se agora a analisar os conceitos que permeiam as políticas públicas.

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), na notória decisão que encerrou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 45, sugere que as políticas públicas são aquelas conduzidas com o intuito, no âmbito das finalidades do Estado, “realizar os objetivos fundamentais da Constituição”.

Tal conceituação, contudo, não é pacífica. Celina SOUZA (2006, p. 24), por exemplo, destaca que

Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.

A par desses conceitos, resume a autora que ao formular políticas públicas, “os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real” (SOUZA, *op. cit.*, p. 26).

Pode-se concluir, com efeito, que política pública é uma ação, ou um plano de ação, que concretiza uma decisão estatal acerca de um problema social.

As necessidades humanas (e conseqüentemente os problemas sociais) possuem tendências crescentes, mas os recursos públicos para satisfazê-las são limitados. Dessa forma, cumpre ao gestor público, dentro dos limites éticos e legais, realizar a escolha de efetivar qual a política pública pode solucionar um problema social, ou efetivar determinado direito, em um dado momento histórico. São as chamadas “escolhas trágicas” (GALDINO, 2005, p. 228).

Dentro desse conjunto de possibilidade, a OIT orientou na Convenção n. 155 que “(t)odo Membro deverá [...] formular, por em prática e reexaminar

periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho” (item I do art. 4º da Convenção).

Tal conceito foi fortalecido na Convenção n. 187, de 2006, que estabeleceu que

#### Artículo 3

1. Todo Miembro deberá promover un ambiente de trabajo seguro y saludable mediante la elaboración de una política nacional.
2. Todo Miembro deberá promover e impulsar, en todos los niveles pertinentes, el derecho de los trabajadores a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable.
3. Al elaborar su política nacional, todo Miembro deberá promover, de acuerdo con las condiciones y práctica nacionales y en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, principios básicos tales como: evaluar los riesgos o peligros del trabajo; combatir en su origen los riesgos o peligros del trabajo; y desarrollar una cultura nacional de prevención en materia de seguridad y salud que incluya información, consultas y formación.

Apesar de ainda não ratificada pelo Brasil, o país já adotou medidas que concretamente viabilizaram a implementação da predita Convenção, com especial destaque para a Portaria Interministerial n.º 152, de 13 de maio de 2008, em que os Ministros de Estado da Previdência Social, do Trabalho e Emprego e da Saúde instituíram a Comissão Tripartite de Saúde e Segurança no Trabalho, que tem como objetivos:

1. revisar e ampliar a proposta da Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador - PNSST, elaborada pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Interministerial n.º 1.253, de 13 de fevereiro de 2004, de forma a atender às Diretrizes da OIT e ao Plano de Ação Global em Saúde do Trabalhador, aprovado na 60ª Assembléia Mundial da Saúde ocorrida em 23 de maio de 2007;
2. propor o aperfeiçoamento do sistema nacional de segurança e saúde no trabalho por meio da definição de papéis e de mecanismos de interlocução permanente entre seus componentes; e

3. elaborar um Programa Nacional de Saúde e Segurança no Trabalho, com definição de estratégias e planos de ação para sua implementação, monitoramento, avaliação e revisão periódica, no âmbito das competências do Trabalho, da Saúde e da Previdência Social.

O terceiro objetivo foi alcançado na 9<sup>a</sup> reunião da Comissão, oportunidade em que foi aprovado o texto básico da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho. Tal proposta, após análise dos respectivos Ministros, foi encaminhada a Presidência da República e deu origem ao Decreto n. 7.602, de 07 de novembro de 2011.

Fundamentada também na Convenção n. 155 da OIT, foi instituída no Brasil, em 2011, a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho – PNSST, por intermédio do Decreto acima referido. A PNSST consiste no conjunto de ações que “tem por objetivos a promoção da saúde e a melhoria da qualidade de vida do trabalhador”, bem como “a prevenção de acidentes e de danos à saúde advindos, relacionados ao trabalho ou que ocorram no curso dele, por meio da eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho” (item I do anexo do Decreto n. 7.062/2011).

## **2 OS IMPACTOS DOS ACIDENTES DE TRABALHO NA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

A enorme quantidade de acidentes laborais não é um problema recente no Brasil. Desde a década de 1970, o país vem ocupando destaque em tal cenário, especialmente em 1975, quando registrou a marca de 1.869.689 acidentes, que geraram 4.001 mortes, e lhe ostentaram a alcunha de “campeão mundial de acidentes trabalhistas” (CORREIA, 2016, p. 43).

Dados mais recentes do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho, desenvolvido e mantido pelo Ministério Público do Trabalho em cooperação com a Organização Internacional do Trabalho, indicam que 3.879.755 acidentes foram registrados, com e sem Comunicação de Acidentes do Trabalho - CAT, no período de 2012-2017<sup>1</sup>.

Durante o mesmo período, houve o registro de 14.412 mortes acidentárias notificadas.

Além disso, constatou-se que foram gastos R\$26.235.501.489 com benefícios acidentários (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão por morte e auxílio-acidente - sequelas) concedidos no interregno entre 2012 e 2017. Estima-se que a cada sete minutos, a previdência gaste R\$

---

<sup>1</sup> Dados do tópico extraídos do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho. Disponível em: <<https://observatoriosst.mpt.mp.br/>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

1,00 (um real) com tais benefícios. Mais ainda, calcula-se que 305.299.902 dias de trabalho foram perdidos no aludido período quinquenal.

A maior parte de tais acidentes ocorreu no estado de São Paulo, com 1.129.260 comunicações de acidentes, seguido de Minas Gerais e Rio de Janeiro, com 306.606 e 239.827 comunicações cada, respectivamente. No que toca aos municípios, São Paulo ocupa o primeiro lugar, com 294.730 acidentes, seguida do Rio de Janeiro e de Curitiba, com 133.232 e 58.459 ocorrências, respectivamente.

De acordo com a OIT, tal quadro coloca o Brasil no quinto lugar no ranking dos países com maior número de acidentes, perdendo apenas para Colômbia, França, Alemanha e Estados Unidos. No que concerne às mortes decorrentes de acidentes laborais, o país salta para o quarto lugar, ficando atrás de Estados Unidos, Tailândia e China<sup>2</sup>.

### 3 O DIREITO DE REGRESSO E SUA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

A primeira Constituição Brasileira a tratar de acidente de trabalho foi a carta 1934, que trazia em seu art. 121:

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

Contudo, desde 1919 já existia legislação acerca de acidentes de trabalho no país, no caso o Decreto n. 3.724, de 1919, que foi regulamentado posteriormente pelo Decreto n. 13.498, de 1929. Tais normas legais, entretanto, não tratavam do seguro em face de tais infortúnios.

---

<sup>2</sup> Disponível em: <[http://www.protecao.com.br/materias/anuario\\_brasileiro\\_de\\_p\\_r\\_o\\_t\\_e\\_c\\_a\\_o\\_2017/mundo/AAjbAn](http://www.protecao.com.br/materias/anuario_brasileiro_de_p_r_o_t_e_c_a_o_2017/mundo/AAjbAn)>. Acesso em: 28 jun.2018

Dias antes da promulgação do texto constitucional de 1934, ainda sob a égide do Governo Provisório estabelecido pelo Decreto n. 19.398/30, foi editada a primeira legislação brasileira sobre acidentes de trabalho que trazia, também, a obrigatoriedade do seguro de proteção ao trabalhador para tais acidentes. Veja-se excerto do o Decreto n. 24.637, de 1934 :

Art. 2º Excetuados os casos de fôrça maior, ou de dolo, quer da própria vítima, quer de terceiros, por fatos estranhos ao trabalho, o acidente obriga o empregador ao pagamento de indenização ao seu empregado ou aos seus beneficiários, nos têrmos do capítulo III desta lei.

[...]

Art. 36 Para garantir a execução da presente lei, os empregadores sujeitos ao seu regime, que não mantiverem contrato de seguro contra acidentes, cobrindo todos os riscos relativos às várias atividades, ficam obrigados a fazer um depósito, nas repartições arrecadadoras federais, nas Caixas Econ micas da União, ou no Banco do Brasil, em moeda corrente ou em títulos da d vida pública federal, na propor o de 20:000\$000 (vinte contos de réis), para cada grupo de 50 (cincoenta) empregados ou fra o, até ao máximo de 200:000\$000 (duzentos contos de réis), podendo a importância do depósito, a juízo das autoridades competentes, ser elevada até ao triplo, si se tratar de risco excepcional ou coletivamente perigoso.

[...]

Art. 66 Serão impostas multas de 200\$ (duzentos mil réis)   10:000\$ (dez contos de réis):

[...]

c) aos empregadores que, no prazo fixado pelo   3  do art. 36, não realizarem depósito, ou não instituirem seguro, para garantia da indeniza o;

Em 1944, já sob a tutela da Constitui o de 1937, a legisla o acima   revogada pelo Decreto-Lei n. 7.036/44, *verbis*:

Art. 94. Todo empregador   obrigado a segurar os seus empregados contra os riscos de acidente do trabalho.

Parágrafo único. Os empregadores sujeitos ao regime desta lei deverão, sob pena de incorrerem na multa cominada no art. 104, manter afixados nos seus escritórios e nos locais de trabalho de seus empregados, de modo perfeitamente visível, exemplares dos certificados das entidades em que tiver realizado a seguro.

Art. 95. O seguro de que trata o art. 94 será realizado na instituição de previdência social a que estiver filiado o empregado.

É nesse momento que a norma passa a admitir a figura do direito de regresso da seguradora daquele que deu causa ao infortúnio:

Art. 100. O empregador ao transferir as responsabilidades que lhe resultam desta lei, para entidades seguradoras, nelas realizando o seguro fica desonerado daquelas responsabilidades ressalvado o direito regressivo das entidades seguradoras contra êle, na hipótese de infração, por sua parte, do contrato do seguro.

É importante destacar que, à época, a previdência social ficava a cargo de instituições privadas esparsas, assumindo cada uma delas o ônus securitário dos trabalhadores vinculados. O tema foi regulamentado pela Lei n. 1.985, de 1953:

Art. 1º O seguro de que trata o *artigo 94 do Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944*, será realizado na instituição de previdência social a que estiver filiado o empregado.

Art. 2º Assegurada a exclusividade das instituições de previdência social que já a possuem, os riscos de acidentes do trabalho continuarão sendo cobertos por apólices de seguro emitidas, indistintamente, por institutos e caixas de aposentadoria e pensões e pelas sociedades de seguro e cooperativas de sindicatos de empregadores, até esta data autorizadas a operar nesse ramo.

Art. 3º A Lei concederá exclusividade aos demais institutos e caixas que estiverem em condições de atender perfeitamente aos riscos de acidentes do trabalho em confronto com as entidades privadas.

Ambas as leis foram revogadas pelo Decreto-Lei n. 293, de 1967, que já previu a possibilidade de seguro pelo órgão de previdência social público:

Art. 2º O risco de acidente do trabalho é responsabilidade do empregador, o qual fica obrigado a manter seguro que lhe dê cobertura.

§ 1º Ao fazer o seguro de acidentes do trabalho, o empregador transfere, à Entidade Seguradora, a responsabilidade de que trata este artigo, da qual fica desobrigado, salvo o direito regressivo desta última, na hipótese de infração do contrato de seguro.

§ 2º O pagamento das indenizações do seguro de acidentes do trabalho não exclui os benefícios que o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS concede aos acidentados, seus associados, dentro dos planos normais.

Art. 3º Nos termos do art. 158, inciso XVII, da Constituição Federal, o seguro de acidentes do trabalho é um seguro privado integrando-se no sistema criado pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.

§ 1º O INPS poderá operar o seguro contra os riscos de acidentes do trabalho, em regime de concorrência com as Sociedades Seguradoras.

§ 2º É condição para as operações de que trata este artigo, subordinar-se ao regime de autorização, normas técnicas, tarifas e fiscalização estabelecido para as Sociedades Seguradoras.

Verifica-se, mais uma vez, estar garantido o direito de regresso da seguradora (parágrafo primeiro do artigo segundo, acima transcrito).

O referido Decreto-Lei n. 293, de 1967 teve vida curta e foi revogada meses depois pela Lei n. 5.316, de 1967, que inovou ao trazer para o país a responsabilidade da previdência social pela cobertura dos riscos dos acidentes do trabalho. A teoria do risco social vem sendo adotada pela legislação previdenciária desde então:

Art. 1º O seguro obrigatório de acidentes do trabalho, de que trata o *artigo 158, item XVII, da Constituição Federal*, será realizado na previdência social.

Parágrafo único. Entende-se como previdência social, para os fins desta Lei, o sistema de que trata a *Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960*, com as alterações decorrentes do *Decreto-lei nº 66, de 21 de novembro de 1966*.

A Lei n. 5.316, de 1967, foi posteriormente revogada pela Lei n. 6.367/76, que manteve o caráter público do seguro contra acidentes do trabalho, o que o caracteriza como um seguro social (MACIEL, 2015, p. 125).

A par da legislação securitária trabalhista, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, positivou no texto maior a responsabilidade do causador do dano, quando incorrer em dolo ou culpa:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Por essa razão, o atual Plano de Benefícios da Previdência Social (instituído através da Lei n. 8.213, de 1991), prevê a possibilidade de regresso em face de quem deu causa ao pagamento de benefício previdenciário acidentário. Veja-se:

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.

Muito embora não houvesse previsão expressa na legislação previdenciária anterior, há suficiente entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a pretensão ressarcitória da Previdência Social em face do causador do dano já se encontrava amparada pelos arts. 159, 1.521, inciso III, c/c arts. 1.423 e 1.524 do Código Civil de 1916 (MACIEL, *op. cit.*, pp. 24-25).

A recepção constitucional de tal dispositivo, embora ainda não tenha sido objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, já encontra respaldo jurisprudencial nos Tribunais Regionais Federais e no Superior Tribunal de Justiça (MACIEL, *op. cit.*, pp. 142-145).

#### **4 AGENTES DE COOPERAÇÃO: A PARTICIPAÇÃO INTERINSTITUCIONAL E SUA FUNDAMENTAL IMPORTÂNCIA**

A proteção ao meio ambiente de trabalho implica a participação, direta ou indireta, de todos os agentes responsáveis bem como dos beneficiados com a sua conservação. Daí se extrai que, acima de qualquer interesse individual, o meio ambiente de trabalho equilibrado e protegido impacta, ou reflete, em todas as esferas da sociedade.

Não é por outro motivo que desde as primeiras normas de proteção à saúde do trabalhador são estabelecidas não só direitos, mas também obrigações a todos os envolvidos, em especial empregador e empregado. Além deles, é de destaque também a participação da sociedade (responsável pela preservação de todo o meio ambiente, conforme art. 225 da CRFB/88) e do Estado.

Por esse conjunto de agentes envolvidos, assim como pelo número de atingidos nos reflexos das decisões tomadas e políticas implementadas, a proteção ao meio ambiente de trabalho é naturalmente interinstitucional e, somente com a soma de esforços e ações de todos eles, a saúde e higiene do trabalhador serão garantidos.

Veja-se o exemplo da Comissão Tripartite de Saúde e Segurança no Trabalho (CTSST). Instituída em 2008, a CTSST envolve ações conjuntas de três Ministérios do Poder Executivo, além de possuir, em sua composição, representantes dos empregados e empregadores. A Comissão formulou o texto base da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho – PNSST.

De tal Política se extrai, a título de exemplo, de prioridade na participação interinstitucional (Decreto n. 7.062, de 2011):

III - Para o alcance de seu objetivo a PNSST deverá ser *implementada por meio da articulação continuada das ações de governo* no campo das relações de trabalho, produção, consumo, ambiente e saúde, com a *participação voluntária das organizações representativas de trabalhadores e empregadores;*

[...]

V - São *responsáveis pela implementação* e execução da PNSST os Ministérios do Trabalho e Emprego, da Saúde e da Previdência Social, sem prejuízo da *participação de outros órgãos e instituições que atuem na área;*

[...]

IX - A gestão participativa da PNSST cabe à Comissão Tripartite de Saúde e Segurança no Trabalho - CTSST que é *constituída paritariamente por representantes do governo, trabalhadores e empregadores*, conforme ato conjunto dos Ministros de Estado do Trabalho e Emprego, da Saúde e da Previdência Social.

[grifo nosso]

Vale destacar que a interinstitucionalidade, no âmbito do direito brasileiro, não foi criado somente em 2011. Na Lei n. 8.213, de 1991 (Planos de Benefícios da Previdência Social), já havia essa previsão, conforme se extrai do teor art. 119, que expressamente menciona a Fundacentro:

Art. 119. Por intermédio dos estabelecimentos de ensino, sindicatos, associações de classe, Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança

e Medicina do Trabalho-FUNDACENTRO, órgãos públicos e outros meios, serão promovidas regularmente instrução e formação com vistas a incrementar costumes e atitudes prevencionistas em matéria de acidente, especialmente do trabalho.

A Fundacentro (Fundação Jorge Duprat Figueiredo, de Segurança e Medicina do Trabalho), criada em 1966, possui participação ativa na Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho – PNSST:

Item IV. g) por intermédio da Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho - FUNDACENTRO:

- 1) elaborar estudos e pesquisas pertinentes aos problemas que afetam a segurança e saúde do trabalhador;
- 2) produzir análises, avaliações e testes de medidas e métodos que visem à eliminação ou redução de riscos no trabalho, incluindo equipamentos de proteção coletiva e individual;
- 3) desenvolver e executar ações educativas sobre temas relacionados com a melhoria das condições de trabalho nos aspectos de saúde, segurança e meio ambiente do trabalho;
- 4) difundir informações que contribuam para a proteção e promoção da saúde do trabalhador;
- 5) contribuir com órgãos públicos e entidades civis para a proteção e promoção da saúde do trabalhador, incluindo a revisão e formulação de regulamentos, o planejamento e desenvolvimento de ações interinstitucionais; a realização de levantamentos para a identificação das causas de acidentes e doenças nos ambientes de trabalho; e
- 6) estabelecer parcerias e intercâmbios técnicos com organismos e instituições afins, nacionais e internacionais, para fortalecer a atuação institucional, capacitar os colaboradores e contribuir com a implementação de ações globais de organismos internacionais;

Não se olvide que as ações regressivas acidentárias, um importante instrumento de efetivação da PNSST e marcado por forte atuação interinstitucional, já estava previsto na legislação brasileira desde antes da criação de tal política (art. 120, da Lei n. 8.213, de 1991). Embora previstas há tanto tempo na legislação, essas ações somente passaram a ter tratamento prioritário em 2007, quando o Conselho Nacional da

Previdência Social editou a Resolução n. 1.291/2007, que recomendou ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) que adotasse as medidas necessárias para ampliação da utilização do instituto.

Além da notória presença do INSS, que atua judicialmente pela Advocacia-Geral da União (AGU), por intermédio da Procuradoria-Geral Federal (PGF), as ações regressivas englobam a participação efetiva de diversos outros órgãos, como especial decorrência do Protocolo de Cooperação Técnica subscrito pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho com o Ministério do Trabalho e Emprego, com o Ministério da Previdência Social, com o Ministério da Saúde e com a Advocacia-Geral da União. Tal protocolo permite que a comunicação de acidentes de trabalho à PGF seja tempestiva e eficaz nas hipóteses em que os acidentes são identificados no âmbito de ações judiciais trabalhistas.

O Poder Judiciário também contribui para a implementação da Política Nacional, em especial após a criação, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST), do Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho, instituído por meio da Resolução n. 96 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. O programa tem por objetivo “desenvolver, em caráter permanente, ações voltadas à promoção da saúde do trabalhador, à prevenção de acidentes de trabalho e ao fortalecimento da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho – PNSST”, nos termos da Resolução.

A participação interinstitucional do Programa do TST é feita de forma expressa:

CSJT. Resolução n. 96/2012. Art. 3º O Programa Trabalho Seguro será desenvolvido com a colaboração da Rede de Prevenção de Acidentes de Trabalho, constituída por todos os órgãos da Justiça do Trabalho e pelas entidades públicas e privadas que aderirem aos seus termos, inclusive sindicatos, universidades, associações e instituições de ensino fundamental, médio e técnico-profissionalizantes.

No plano internacional, além de todo o trabalho desenvolvido pela OIT, é notória a participação de outros organismos internacionais. A Organização Mundial de Saúde (OMS), por exemplo, aprovou em 2007 o “Plano de Ação Mundial sobre a Saúde dos Trabalhadores”. Em tal documento, é reforçada “a necessidade de seus Membros formularem uma política de saúde do trabalhador, que considere o disposto nas convenções da OIT e que estabeleça *mecanismos de coordenação intersetorial das atividades na área*” (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2014, grifo nosso).

## 5 CONCLUSÃO

O trabalho sempre esteve presente na vida do homem. É instrumento de sobrevivência, de convivência, de ascensão, de construção, enfim, de vida. O aumento do número de relações decorrentes de tal atividade gerou a necessidade histórica de que todos os envolvidos estivessem protegidos, em especial aqueles considerados hipossuficientes em tal relação, os trabalhadores.

Tanto é que a evolução do conceito de meio ambiente ganhou força na década de 1970, mas a proteção ao meio ambiente de trabalho surge em conjunto com as primeiras leis de proteção à saúde do trabalhador. Nesse contexto, o surgimento de instituições de proteção a tal instituto, em especial a Organização Internacional do Trabalho, fortalece não só esse importante direito adquirido, mas também serve de escopo para a criação de mais mecanismos internos e internacionais de acolhimento à saúde e higiene laboral.

Não restam dúvidas de que as condições que levaram à concepção das primeiras normas de proteção à saúde do trabalhador são muito diferentes das atuais. A globalização, com a conseqüente aproximação das experiências entre os povos, a evolução tecnológica e o crescimento científico em expansão, bem como a busca incessante da eficiência econômica nas relações trabalhistas, leva à necessidade de permanecer em atualização constante as normas de segurança e saúde do trabalho.

Aliada à evolução das relações trabalhistas, a evolução da legislação de proteção à saúde do trabalhador também deve ser constante, de modo a se efetivar ao máximo todos os direitos conquistados ao longo da história. Não à toa, o valor social do trabalho é trazido no texto constitucional logo no art. 1º, antes mesmo da organização do Estado.

Logo, percebe-se que a consolidação histórica de tais direitos, bem como a sua incorporação aos textos constitucionais, leva à mesma conclusão de Bobbio na problemática contemporânea no tocante aos direitos do homem: o desafio não é o de justificá-los, mas o de protegê-los (BOBBIO, 2004, p. 16).

O Brasil ocupa a infeliz posição de destaque no número de acidentes do trabalho no mundo desde a década de 1970. Mais recentemente, o relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), de 2015, coloca o país como terceiro colocado no mundo em mortes por acidentes do trabalho (FILGUEIRAS, 2017, p. 19). De fato, não são meros números, mas vidas humanas. É cediço, portanto, que o país tem enfrentado de forma tímida a demanda que exige, inexoravelmente, que a evolução legislativa retratada neste trabalho não represente, tão somente, palavras vazias, mas políticas críveis e eficientes de proteção ao trabalhador.

Mesmo presente na legislação brasileira desde o surgimento dos primeiros mecanismos de seguro de acidente de trabalho, é apenas com a edição da Lei n. 8.213, de 1991, que o direito de regresso da Previdência Social ganha impulso como obrigação da entidade pública em buscar o ressarcimento dos prejuízos previdenciários suportados em decorrência dos infortúnios laborais.

Além do caráter eminentemente indenizatório, a ação regressiva acidentária possui inquestionáveis objetivos punitivos e preventivos (MACIEL, op. cit). Afinal, as condenações nessas ações tendem a servir de medida pedagógica aos empregadores que, por motivos ora insondáveis, não se preocuparam em promover a fiscalização das normas de saúde e segurança do trabalho. De fato, a ulterior condenação em ação de regresso tem o condão de impulsionar a preocupação do empregador com a saúde de seus empregados, uma vez que a responsabilidade por eventuais acidentes inevitavelmente recairá sobre a empresa. É ela que suportará, alfim, os custos com os benefícios previdenciários decorrentes de infortúnios laborais.

O Estado, nada obstante dotado de autoexecutoriedade, não pode invadir o patrimônio do responsável por um acidente de trabalho sem recorrer ao Poder Judiciário. As ações regressivas acidentárias são, portanto, um exemplo de consolidação de política pública com participação do Poder Judiciário, não se caracterizando, com efeito, em uma forma de controle jurisdicional de política pública.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: *Presidência da República*. Legislação. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 80.978, de 12 de dezembro de 1977. Promulga a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972. In: *Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Legislação. Brasília. Disponível em: <[http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/DecretoLei\\_n\\_80.978\\_de\\_12\\_de\\_dezembro\\_de\\_1977.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/DecretoLei_n_80.978_de_12_de_dezembro_de_1977.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 1.254, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em

22 de junho de 1981. In: *Residência da República*. Legislação. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d1254.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1254.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. In: *Presidência da República*. Legislação. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 7.062, de 07 de novembro de 2011. Dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho - PNSST. In: *Presidência da República*. Legislação. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7602.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7602.htm)>. Acesso em: 28 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.161, de 21 de outubro de 1966. Autoriza a instituição da Fundação Centro Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho e dá outras providências. In: *Câmara dos Deputados*. Legislação informatizada. Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5161-21-outubro-1966-349084-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. In: *Presidência da República*. Legislação. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 45. Decisão monocrática. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 29.abr.2004. Publicado no DJ n. de 04 maio 2004. Disponível em: <[http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=base Monocraticas&url=http://tinyurl.com/bu3e9ae](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=base%2EMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bu3e9ae)>. Acesso em: 26 jun. 2018.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (Brasil). Resolução n. 96/CSJT, de 23 de março de 2012. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, n. 946, 26 mar. 2012. Caderno Judiciário do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, p. 12-15. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/21136>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

CORREIA, Larissa Soldate. *Ação regressiva acidentária: da proteção à saúde do trabalhador à responsabilidade social e civil do empregador*. Curitiba: Juruá, 2016.

COSTA, Nelson Nery. *Política de consumo: movimento social de defesa do consumidor no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Saúde e segurança do trabalho no Brasil. In: FILGUEIRAS, Vitor Araújo (Org.). *Saúde e Segurança do Trabalho no Brasil*. Brasília: Gráfica Movimento, 2017.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACIEL, Fernando. *Ações regressivas acidentárias*. 3. ed. rev. amp. atual. de acordo com o novo código de processo civil (Lei n. 13.105/2015). São Paulo: LTr, 2015.

MINISTÉRIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL; DO TRABALHO E EMPREGO; E DA SAÚDE. Portaria Interministerial n. 152, de 13 de maio de 2008. In: FUNDAÇÃO JORGE DUPRAT FIGUEIREDO DE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO - FUNDACENTRO. Cartilha do Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho. Brasília. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/arquivos/institucional/Cartilha%20Plano%20Nacional%20de%20SST.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Histórico da Comissão Tripartite de Saúde e Segurança no Trabalho – CT-SST. In: FUNDAÇÃO JORGE DUPRAT FIGUEIREDO DE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO - FUNDACENTRO. Cartilha do Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho. Brasília. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/arquivos/institucional/Cartilha%20Plano%20Nacional%20de%20SST.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Observatório digital de saúde e segurança do trabalho. Disponível em: <<https://observatoriosst.mpt.mp.br/>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano. Junho de 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Declaração de Filadélfia: Declaração relativa aos fins e objectivos da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/europro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Convenção 187, de 2006. Sobre o marco promocional para a segurança e saúde no trabalho. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312332](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312332)>. Acesso em: 28 jun. 2018.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. e. Ed. rev. amp. São Paulo: LTr, 2014.

SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. *Judicialização da política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. In: *Sociologias*. ano 08, n. 16, Porto Alegre, jul/dez/2016. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

SUNDFELS, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.

SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

---

## A RESPONSABILIDADE DA ADVOCACIA DOS BANCOS PÚBLICOS NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UM FATOR DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL E GOVERNANÇA

---

### ***THE RESPONSIBILITY OF THE ADVOCACY OF PUBLIC BANKS IN SUSTAINABLE DEVELOPMENT: A FACTOR OF ENVIRONMENTAL EDUCATION AND GOVERNANCE***

*Marcelo Machado Carvalho*

*Advogado da Caixa Econômica Federal em São Paulo. Mestrando em Direitos Sociais, Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário Salesiano, UNISAL, campus Lorena/SP. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo/SP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Itu/SP*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Dever fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a presença do setor bancário no ranking mundial de sustentabilidade; 2 A responsabilidade ambiental dos bancos na concessão de crédito: aspectos gerais; 3 A advocacia estatal e a criação de um hábito para uma governança ambiental pelos Bancos Públicos; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A publicação canadense “The Global 100”, anualmente destaca as cem corporações mundiais classificadas em um ranking como empresas sustentáveis. Desde o início da publicação, em 2005, o sistema financeiro se faz presente nessa publicação, no começo com alguns poucos representantes e, atualmente, com praticamente 15% do total de corporações, incluindo-se nesse contexto o Banco do Brasil. Por sua vez, desde 1992 os bancos passaram a se preocupar mais com o meio ambiente, realizando conferências e encontros que concluíram com compromissos em prol do desenvolvimento sustentável. Existem várias normas legais e privadas que regulam a concessão de crédito condicionando-a ao cumprimento dos padrões ambientais expedidos pelos órgãos reguladores do tema. A análise e conciliação dessas normas para a atuação bancária passa pela advocacia pública das estatais em regime de compliance. Os próprios bancos têm criado fundos socioambientais para incentivar projetos sustentáveis e, agora, passaram a financiar projetos sustentáveis, necessitando ainda mais do seu departamento jurídico. Com um sistema com essa força e, com as atuais práticas sustentáveis, o sistema financeiro, por meio dos bancos públicos pode, e deve atuar como educador ambiental influenciando diretamente no sistema econômico e prol de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio à qualidade de vida.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio Ambiente. Advocacia Pública. Responsabilidade Ambiental. Bancos Públicos. Desenvolvimento Sustentável. Educação Ambiental. Governança.

**ABSTRACT:** The Canadian publication “The Global 100” annually highlights the top 100 global corporations rated as sustainable companies. Since the publication began in 2005, the financial system has been present in this publication, in the beginning with a few representatives and currently with almost 15% of the total number of corporations, including Banco do Brasil. Since 1992, banks have become more concerned about the environment, holding conferences and meetings that have concluded with commitments to sustainable development. There are several legal and private regulations that regulate the granting of credit, conditioned by compliance with the environmental standards issued by the regulatory agencies. The analysis and conciliation of these norms for the bank’s action goes through the public advocacy of the state companies in a compliance regime. The banks themselves have set up socio-environmental funds to encourage sustainable projects and have now started to finance sustainable projects, further requiring their legal department. With a system with this force

and with the current sustainable practices, the financial system, through public banks can and should act as an environmental educator directly influencing the economic system and for an ecologically balanced and healthy environment to the quality of life .

**KEYWORDS:** Environmental. Public Advocacy. Environmental responsibility. Public Banks. Sustainable Development. Environmental Education. Governance.

## **INTRODUÇÃO**

As décadas seguintes a Conferência de Estocolmo, em 1972, foram de grande movimentação no mundo com o objetivo de que a extração de recursos naturais ocorra de forma responsável, uma vez que a sociedade chegou à conclusão de que esses recursos são finitos.

É de conhecimento geral que a atividade produtora necessita de recursos financeiros, tanto para a produção quanto o consumo.

Nesse sentido, o sistema bancário é um dos principais fomentadores da economia mundial. Grande parte do financiamento de atividades produtoras e de consumo no mundo passa por ele.

Depois da polêmica criada, em 1991, pelo “Memorando Summers” do Banco Mundial, as instituições financeiras passaram a adotar uma postura diferente da que tinha com relação ao desenvolvimento sustentável.

Além de normas sobre licenciamento ambiental como exigência para concessão de financiamentos, os bancos se comprometeram a ir além por meio de pactos mundiais, exemplo disto ao os Princípios do Equador e o Protocolo Verde.

Passaram, ainda, a criar fundos socioambientais para incentivar projetos sustentáveis.

Com todo esse poder, capital e práticas atuais, passar de mero financiador da atividade econômica para um educador ambiental não seria um pensamento utópico, uma vez que estão inseridos em um contexto em que os Direitos Fundamentais também revelam deveres fundamentais para toda a sociedade.

As atuais regras de compliance exigem que os departamentos jurídicos dessas corporações estejam atentos e, no caso dos bancos públicos, esses departamentos são formados por advogados públicos que tem como função prestar assessoria consultiva e judicial.

A mudança de comportamento do sistema financeiro, a se iniciar pelos bancos Públicos, que passa por seu departamento jurídico, pode gerar uma mudança de comportamento na atividade econômica e, com

isso, quem ganha é o meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio a qualidade de vida.

A pesquisa baseada em referencial documental, legal e estatístico pretende, por meio do método dedutivo, apresentar soluções para que a educação ambiental, fomentada pelo sistema financeiro, em especial os bancos públicos, passe a ter grande influência no sistema econômico em prol do meio ambiente.

### **1 DEVER FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A PRESENÇA DO SETOR BANCÁRIO NO RANKING MUNDIAL DE SUSTENTABILIDADE**

Com a constitucionalização do direito ambiental com a promulgação da Constituição da República de 1988, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio à qualidade de vida passou a constituir um direito fundamental no Brasil.

Por sua vez, diante do brocado: “para cada direito existe um dever”, a doutrina há tempos já ressalta a existência de um dever fundamental, escorado na função objetiva dos direitos fundamentais, onde toda a comunidade como um todo deve respeitar e concretizar (SARLET, 2005, p. 160).

E o dever fundamental de contribuir para um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio à qualidade de vida é um dever de todos, sem exceção e constitui um dos objetivos do Desenvolvimento Sustentável, cujo denominador foi cunhada pela Comissão Brundtland, em 1987, reconhecendo a necessidade de mudança nos padrões de consumo de energia, pobreza e a desigualdade (ONUBR, 2018).

Nessa visão do desenvolvimento sustentável, Bianchi (2009, p. 55) conclui que ele deve ser compreendido como uma forma de solucionar o problema ambiental que se manifesta na forma de um problema sistêmico, do qual fazem parte fatores como a pobreza, a deteriorização do meio ambiente, o crescimento populacional, o consumo, entre outros e, para atingi-lo, esses fatores devem ser analisados de forma conjunta no contexto em qual se inserem, sob pena de tornar-se inútil a tentativa de solucioná-los.

Em síntese, o desenvolvimento sustentável visa a integração da atividade humana com o meio ambiente para uma coexistência atual e futura, em busca de uma sadia qualidade de vida para todos.

O mundo adotou esse conceito, principalmente a esfera corporativa, que percebeu a necessidade de uma atuação responsável social e ambientalmente, basta ver que os grandes bancos públicos nacionais têm fundos destinados a incentivar projetos ambientais.

No plano internacional, a sustentabilidade das corporações é avaliada anualmente pela publicação da Corporate Knights (2018) especializada em responsabilidade social e desenvolvimento sustentável, onde é divulgada uma lista com as 100 empresas do mundo com melhores práticas de sustentabilidade.

A divulgação é denominada de “The Global 100”.

O levantamento teve início em 2005 e, anualmente, é divulgado durante o Fórum Econômico Mundial em Davos levando em consideração fatores como:

Energia, emissões de carbono, consumo de água, resíduos sólidos, capacidade de inovação, pagamentos de impostos, a relação entre o salário médio do trabalhador e o do CEO, planos de previdência corporativos e o percentual de mulheres na gestão. Nesta nova edição, pesos diferentes foram dados para os indicadores dependendo da área de atuação da empresa. Por exemplo, o indicador energia teve um peso maior na avaliação de uma empresa do setor energético, de forma a mensurar o impacto da companhia na sua área de atuação. Outro ponto novo que passou a ser considerado na análise é o percentual de novos investimentos que as empresas estão alocando em projetos sustentáveis, como investimento em fontes menos poluentes e o desenvolvimento de produtos mais verdes (BARBOSA, 2018).

Dentre as empresas avaliadas se encontram integrantes do Sistema Financeiro. No início, em 2005, com a presença de apenas quatro bancos internacionais, mas, na sua última edição, do ano 2018, contou com dez bancos na lista, destacando-se entre eles o Banco do Brasil.

A presença de um Banco Público brasileiro na publicação é motivo de relevante interesse não somente para setor bancário, mas também para a sociedade, uma vez que, junto com outros Bancos Públicos, o Banco do Brasil é responsável pela implementação das políticas públicas no País.

Por outro lado, embora não se façam presentes ainda na publicação, os demais Bancos Públicos Federais, também têm contribuído diretamente para a proteção do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável.

A Caixa Econômica Federal, por exemplo, possui um Fundo Socioambiental que apoia projetos realizando investimentos em projetos sustentáveis desde 2010 (CAIXA, 2018a). Da mesma forma o BNDES destina recursos por meio do seu Programa de Restauração Ecológica (BNDES, 2018a). E o Banco da Amazônia possui um Programa de Educação Ambiental (BASA, 2018a).

Esses deveres, por sua vez, foram assumidos pelas próprias instituições em documentos nacionais e internacionais, visando uma concessão de crédito em prol do desenvolvimento sustentável, como se vê a seguir.

## **2 A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DOS BANCOS NA CONCESSÃO DE CRÉDITO: ASPECTOS GERAIS**

Em 1991 surgiu uma polêmica envolvendo o Banco Mundial onde, seu economista chefe, Lawrence Summers, emitiu o famoso “Memorando Summers”, por meio do qual referia o meio ambiente como uma preocupação “estética” típica apenas dos bem de vida, sendo que os mais pobres não têm alta expectativa de vida para sofrer os efeitos da poluição, afirmando, ainda, que alguns países da África estavam subpoluídos e, pela lógica econômica, o custo da morte nesses países é mais baixo do que nos países ricos (ACSELRAD, 2009, p. 7-8).

No ano seguinte mais de trinta bancos comerciais de vinte e três países se reuniram em Nova York e se comprometeram, pela primeira vez, a observar a questão ambiental na análise e concessão de crédito, surgindo, assim, a Declaração dos Bancos para o Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (MESQUITA; SILVA; 2015, p. 165).

No Brasil, em 1995, as principais instituições financeiras públicas em conjunto com o Ministério do Meio Ambiente firmaram o Protocolo Verde, que tem como objeto: “estabelecer a convergência de esforços para o empreendimento de políticas e práticas bancárias que sejam precursoras, multiplicadoras, demonstrativas ou exemplares em termos de responsabilidade civil ambiental” para se atingir o desenvolvimento sustentável e não comprometer as necessidades das futuras gerações (PROCOLO VERDE, 1995).

Os signatários do Protocolo Verde são: União, por meio do Ministério do Meio Ambiente, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil S/A, Banco da Amazônia S/A e Banco do Nordeste do Brasil – BNB.

Na sua cláusula segunda, o Protocolo Verde elenca os princípios e diretrizes a serem observados pelos signatários. Dos cinco princípios dois fazem referência direta à concessão de crédito e três sobre a responsabilidade das instituições no âmbito interno em prol do desenvolvimento sustentável.

O primeiro princípio norteia o financiamento voltado ao desenvolvimento com sustentabilidade, por meio de linhas de crédito e programas que promovam a qualidade de vida da população, o uso sustentável dos recursos naturais e a proteção ambiental e, como diretriz

para prevê a criação de um portfólio de produtos específico, redução da taxa de juros, prazos diferenciados e orientações ao tomador de crédito.

O segundo princípio aponta a necessidade de considerar os impactos e custos socioambientais na gestão de ativos (próprios e de terceiros) e nas análises de risco de clientes e de projetos de investimento, tendo por base a Política Nacional de Meio Ambiente.

As diretrizes a se implementar esse princípio são condicionar o financiamento de empreendimentos e atividades, potencial ou efetivamente poluidores ao Licenciamento Ambiental, incorporar critérios socioambientais ao processo de análise e concessão de crédito para projetos de investimentos, proceder a análise civil ambiental de clientes cujas atividades exijam o licenciamento ambiental e/ou que representem significativos impactos sociais adversos, bem como considerar restrições e recomendações do zoneamento agroecológico e avaliar projetos médio e alto impacto negativo.

Em âmbito internacional, foi em outubro de 2002, em Londres, que o encontro realizado pela International Finance Corporation e pelo ABN Amro, onde as instituições financeiras se comprometeram com a questão ambiental a ponto de, em 2003, criarem as regras dos Princípios do Equador, (PRINCÍPIOS DO EQUADOR, 2013).

O documento elenca dez princípios a serem seguidos pelas instituições financeiras, quando houver empresa interessada em obter recursos financeiros no mercado internacional. Essa empresa deverá incorporar em seus projetos, sob pena de não ser beneficiada com o financiamento, uma atenção especial a questões como gestão de risco ambiental, proteção à biodiversidade, proteção à saúde, eficiência na produção, distribuição de recursos hídricos e energia de uso renovável, respeito aos direitos humanos, combate à mão de obra infantil, entre outras.

Além desses deveres assumidos no âmbito da iniciativa privada pelas próprias instituições financeiras, a concessão de crédito e proteção ambiental, no Brasil, andam juntas há muito tempo.

A lei federal nº 6.803/80 condiciona, em seu artigo 12, as instituições oficiais a somente conceder incentivos e financiamentos às indústrias que apresentarem o licenciamento ambiental de suas atividades.

A própria lei da Política Nacional do Meio Ambiente também prevê, em seu artigo 12, que as entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos ao licenciamento ambiental e padrões do CONAMA.

Da mesma forma, a Lei de Biossegurança, lei federal nº 11.105/2005, determina, no § 4º do seu artigo 2º que, tanto as organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou

patrocinadoras de atividades devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança.

A citada lei ainda avança dispondo que, se não exigido o certificado emitido pelo CTNBio, o financiador será responsabilizado pelos eventuais efeitos decorrentes da atividade.

Também a lei federal nº 11.948/09 determina que fica vedada a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelo BNDES a empresas da iniciativa privada cujos dirigentes sejam condenados por crime contra o meio ambiente.

O Código Florestal, lei federal nº 12.651/12, dispõe que as instituições financeiras só concederão crédito agrícola, em qualquer de suas modalidades, para proprietários de imóveis rurais que estejam inscritos no Cadastro Ambiental Rural.

Com relação ao crédito agrícola, o Banco Central do Brasil editou a Resolução nº 3.545/08, que altera o Manual de Crédito Rural – MCR para: “estabelecer exigência de documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes, para fins de financiamento agropecuário no Bioma Amazônia”.

Em 2014, o Banco Central do Brasil editou a Resolução nº 4.327 a qual implanta, no País, a Política de Responsabilidade Socioambiental – PRSA, estabelecendo diretrizes de observância pelas instituições financeiras.

Sampaio (2013, p. 170), sintetiza o que foi acima transcrito, apontando três condicionantes da concessão de crédito no País, em primeiro lugar, deve ser apresentada licença ambiental, seguida de se cumprir as normas, padrões e critérios do CONAMA, e por fim, fazer constar nos projetos a realização de obras e aquisições de equipamentos destinados ao controle da degradação ambiental e à melhoria da qualidade do meio ambiente.

Conclui-se, que, a partir das disposições legais e acordos celebrados pelas instituições financeiras, é possível ver que a proteção e preservação do meio ambiente são exigências direcionadas tanto aos agentes financeiros quanto ao tomador do crédito.

Sem o cumprimento dessas exigências o tomador não receberá benefícios e o valor financiado. Ele deverá comprovar a regularidade ambiental de sua atividade em todas as suas vertentes (natural, artificial, do trabalho, cultural e patrimônio genético).

Por outro lado, cabe às instituições financeiras verificar o cumprimento dessas exigências legais, condicionando o crédito sob pena de ser responsabilizada na qualidade de poluidor indireto.

Mas, mais do que isso, ao condicionar o crédito, estará cultivando e promovendo o dever de proteção ambiental em prol de uma Meio Ambiente ecologicamente equilibrado.

### 3 A ADVOCACIA ESTATAL E A CRIAÇÃO DE UM HÁBITO PARA UMA GOVERNANÇA AMBIENTAL PELOS BANCOS PÚBLICOS

A atuação ambiental pelas instituições financeiras públicas tem sua importância para cumprimento dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Esses objetivos foram estabelecidos na Cúpula do Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2015 e, ao todo, somam dezessete objetivos que fazem parte de uma Agenda Ambiental com prazo para 2030 (ONUBR, 2015a).

Neste evento também foi elaborada a Agenda de Ação Adis Adeba 2015, documento que integra o ODS, e que se debruça especificamente sobre a forma de financiamento do desenvolvimento sustentável, ressaltando a necessidade de reformas do sistema financeiro e monetário internacional, para o direcionamento eficaz desses recursos (ONUBR, 2015b).

Entretanto, estudos revelam que em razão do caos financeiro que se vive hoje decorrente das crises econômicas e sociais no mundo, a aplicação de recursos financeiros não está sendo direcionadas às necessidade de implementação dos ODS. Sobre esse tema, Dowbor (2017, p. 34-35) aponta para necessidade de uma reforma no sistema internacional, pois, o que se vê hoje é exatamente o contrário.

O autor, nesse ponto, se refere exclusivamente aos bancos privados no mundo que controlam soma de capital próximo ao PIB Mundial.

E é aqui onde os bancos públicos brasileiros podem fazer a diferença, pois, são agentes de políticas públicas e, cada um tem uma missão a cumprir.

A missão da Caixa Econômica Federal, por exemplo, é: “Promover o desenvolvimento sustentável do Brasil, gerando valor aos clientes e à sociedade como instituição financeira pública e agente de políticas de Estado” (CAIXA, 2018b).

O Banco do Brasil tem como missão:

Ser uma empresa rentável e líder na Administração e Gestão de Recursos de Terceiros, atendendo às expectativas dos clientes e do acionista e contribuindo para o desenvolvimento sustentável do Brasil (BANCO DO BRASIL, 2018).

Já o BNDES tem como missão: “Viabilizar soluções financeiras que adicionem investimentos para o desenvolvimento sustentável da nação brasileira” (BNDES, 2018b).

O Banco da Amazônia, por sua vez, pretende: “Desenvolver uma Amazônia Sustentável com crédito e soluções eficazes” (BASA, 2018b).

E o Banco do Nordeste tem a missão de: “Atuar como o banco de desenvolvimento da Região Nordeste” (BNB, 2018).

Esses bancos com suas missões já realizam um grande trabalho no campo da sustentabilidade e sua advocacia é um dos pilares para isso.

Nos últimos anos a advocacia estatal passou a ter grande influência na atuação dos bancos públicos. Formada por advogados públicos, seus departamentos jurídicos foram elevados a parceiros no momento da tomada de decisões, passando a agir preventivamente. Com quadro de profissionais capacitados, muitos atuam em regime de especialização, ressaltando-se, neste tema, o compliance.

Esta importância tem sua razão de ser, uma vez que a aplicação das normas e compromissos estabelecidos para desenvolvimento sustentável necessitam de interpretação e orientação de profissionais indispensáveis à administração da justiça e visando a segurança jurídica da atuação bancária.

A advocacia estatal conta, inclusive, com o projeto de lei nº 1.939/15, que pretende estruturar o regime jurídico do advogado público estatal, tornando-a ainda mais forte e capacitada, o que certamente trará maiores condições para a atuação sustentável dos bancos públicos.

Diante disto, não seria utópico pensar que esses bancos possam dar início uma mudança de comportamento para beneficiar o meio ambiente e a sociedade.

Essa ideia não é atual, ela está prevista, inclusive, nas considerações iniciais de elaboração do Protocolo Verde, de 1995:

Considerando que nesse contexto, os bancos signatários deste Protocolo reconhecem que podem cumprir um papel indutor fundamental na busca de um desenvolvimento sustentável que pressuponha a preservação ambiental e uma contínua melhoria no bem-estar da sociedade, NÓS, signatários deste protocolo, firmamos o presente instrumento, mediante as cláusulas e condições seguintes: (PROTOCOLO VERDE, 1995)

E ainda, consta também do preâmbulo dos Princípios do Equador:

Nós, as Instituições Financeiras Signatárias dos Princípios do Equador (EPFIs, sigla em inglês), adotamos os Princípios do Equador com o intuito de garantir que os Projetos que financiamos e assessoramos sejam desenvolvidos de forma socialmente responsável e que incorporem práticas seguras de gestão ambiental (PRINCÍPIOS DO EQUADOR, p. 3).

Que continua:

Reconhecemos, portanto, que nosso papel como financiadores nos dá oportunidades de promover gestão ambiental responsável e desenvolvimento socialmente responsável, incluindo nossa responsabilidade de respeitar os direitos humanos por meio da realização de due diligence nos moldes propostos pelos Princípios do Equador (PRINCÍPIOS DO EQUADOR, p. 3).

Por este lado, a pretensão não parece tão utópica assim. Apesar de não ser simples, pois, sabe-se que a proteção ambiental pode não gerar o lucro esperado pelo financiado.

Mas a intensão deste trabalho é realmente instigar ainda mais essa ideia.

Os bancos públicos cumprem os compromissos que firmaram no Protocolo Verde e Princípios do Equador e condicionam a concessão de crédito ao cumprimento dos seus princípios e diretrizes.

Isto, por si só, já gera uma expectativa de proteção ambiental, pois, toda vez que uma empresa buscar crédito ela já saberá de antemão que, sem o respeito aos padrões e regras de proteção ambiental certamente não o conseguirá.

Em outras palavras, ao condicionar a concessão de crédito, o fator risco ambiental e social para os bancos públicos diminuem, ao passo que o tomador, produzindo de forma sustentável, fará ter ativos com melhor qualidade e, conseqüentemente, lucro e maior proteção ao meio ambiente.

É evidente que essa forma de atuação dos bancos públicos se traduz em prática de educação ambiental que, antes de gerar efeitos externos, tem a participação efetiva da advocacia estatal na elaboração das normas internas que orientarão sua atividade.

A educação ambiental, no que se refere aos atos normativos internos, passa também pela advocacia estatal.

Educação essa que, para Jacobi (2003, p. 196) é a relação entre meio ambiente e educação para a cidadania que assume um papel cada vez mais desafiador, demandando a emergência de novos saberes para apreender processos sociais que se tornam sofisticados e/ou complexos, além dos riscos ambientais que se intensificam.

Programas de financiamentos e incentivos à projetos sustentáveis pelos bancos públicos se revelam como fatores de conscientização da crise ambiental, e diretamente demanda esses novos enfoques retratados por Jacobi.

Nesse sentido são válidas as lições de Bourdieu e Passeron (1982, p. 42) sobre a prática da inculcação para a imposição de uma cultura. Cultura esta de proteção do meio ambiente para a melhoria da qualidade de vida de todos.

Essa inculcação vem da criação de um hábito que a advocacia estatal já cultiva.

Charles Duhigg, autor de “O Poder do Hábito”, em síntese revela que um hábito acontece porque o cérebro procura maneiras de poupar esforços ao fazer determinadas tarefas. Essas maneiras passam pelo chamado “loop do hábito” que é formado por uma “deixa”, que nada mais é do que um estímulo que leva à uma “rotina” em busca de uma “recompensa” (DUHIGG, 2012).

O hábito enraizado na produção é o de anos e anos de extração sem controle dos recursos naturais.

O citado autor traz em sua obra que é possível mudar os hábitos, criando novos utilizando o “loop do hábito” (DUHIGG, 2012).

Os Princípios do Equador, o Protocolo Verde, as práticas de Responsabilidade Socioambientais das instituições financeiras dentre outros fatores se revelam como novos hábitos.

Desde 1995, com o Protocolo Verde, o setor está mudando sua forma de atuação passando do temor da responsabilização como poluidor e copoluidor, para uma atuação com responsabilidade ambiental, moldada por uma governança ambiental com a participação da advocacia estatal.

Esta governança, para Peralta (2011, p. 33), deve estar pautada no Princípio de Responsabilidade de Hans Jonas, que tenta mostrar que os seres humanos são responsáveis diretamente pelo cuidado do Planeta, pois, seus recursos naturais são finitos, logo, devem ser garantidos também às futuras gerações para que possam viver dignamente.

Hans Jonas ressalta que é melhor esta geração se privar do consumo exagerado de recursos naturais para garantir a sobrevivência das futuras gerações, do que manter os padrões atuais de consumo e as futuras gerações não terem Planeta para salvar (JONAS, 2006).

Conclui, assim, que há uma responsabilidade para cada ser humano para com tudo o que está no Planeta e, os bancos públicos que têm essa responsabilidade como missão institucional, se destacando como fortes disseminadores dessa cultura em prol de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio à qualidade de vida.

## CONCLUSÃO

O ser humano é tão audacioso que, Paul Crutzen, ganhador do Prêmio Nobel, denomina o período atual de a “Era do Antropoceno”, em razão das diversas interferências na natureza e seus resultados desastrosos.

A atividade econômica é grande responsável por isso, tendo a população mundial chegado a conclusão de que, em razão dos

recursos naturais serem finitos, o desenvolvimento no mundo deve ser sustentável.

Desde a década de 1980 o desenvolvimento sustentável é a forma de desenvolvimento que se deve buscar.

O sistema financeiro, fomentador da atividade econômica não pode ficar fora dessa busca.

Desde 1992 os bancos vêm se reunindo em conferências e encontro para debater questões ambientais na sua atividade cotidiana, como também na concessão de crédito.

Passaram a se preocupar mais com o meio ambiente, trazendo a sustentabilidade para dentro de seus escritórios e os grandes Bancos Públicos do Brasil também fazem parte dessa preocupação.

Os Bancos Públicos criaram, além das normas existentes com objetivo de condicionar a concessão de crédito às licenças ambientais, outras condições e até benefícios para projetos sustentáveis desde 1995, estando à frente inclusive dos Princípios do Equador, de 2003.

Investiram em fundos socioambientais com objetivo de incentivar projetos sustentáveis.

Concedem crédito com prazos e taxa de juros diferenciados para empresas tomadoras de crédito que apresentem adicionalidades sustentáveis em sua atividade e projetos.

De meros financiadores da atividade econômica, os Bancos Públicos atuam como educadores ambientais, ao passo que, com a divulgação de condições e benefícios àquele que tem projetos sustentáveis.

A inserção de condições e benefícios nas rotinas bancárias tem o condão de, com o tempo, criar um hábito sustentável nas próprias instituições e naqueles que pretendem crédito para suas atividades.

Mas nada disto seria possível sem uma advocacia estatal capacitada e disposta a exercer seu papel para o cumprimento da missão dos bancos públicos frente o desenvolvimento sustentável.

Ainda há muito o que se evoluir para uma concessão de crédito sustentável, mas os Bancos Públicos assentados pela segurança jurídica conferida por sua advocacia estão no caminho certo que se iniciou em 1995, com preocupação com o desenvolvimento sustentável, sendo responsáveis ambientalmente e, com isso estão criando um hábito em prol do meio ambiente.

**REFERÊNCIAS**

BANCO DO BRASIL. *Missão e Valores*. 2018. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/portallbb/page100,117,8533,0,0,1,6.bb>>. Acesso em: 11 maio 2018.

BARBOSA, Vanessa. *As 100 empresas mais sustentáveis do mundo em 2018: Cinco companhias brasileiras integram a nova edição do ranking The Global 100*. 29 jan. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/as-100-empresas-mais-sustentaveis-do-mundo-em-2018/>>. Acesso em: 6 maio 2018.

BASA. *Programa Educação Ambiental Continuada*. 2018a. Disponível em: <<http://www.bancoamazonia.com.br/index.php/2013-09-03-18-16-58/programa-edu-amb-cont>>. Acesso em: 11 maio 2018.

\_\_\_\_\_. *Declarações Estratégicas*. 2018b. Disponível em: <<http://www.bancoamazonia.com.br/index.php/obanco-decestrategicas>>. Acesso em: 11 maio 2018.

BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. *Meio ambiente: certificações ambientais e comércio internacional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

BNB. *Missão, Visão e Valores*. 2018. Disponível em: <<https://www.bnb.gov.br/missao-visao-e-valores1>>. Acesso em: 11 maio 2018.

BNDES. *BNDES destina R\$ 3,66 milhões para restaurar Mata Atlântica na Bahia*. 22 jan. 2018a. Disponível em: <[https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/bndes-destina-r\\$-3-66-milhoes-para-restaurar-mata-atlantica-na-bahia](https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/bndes-destina-r$-3-66-milhoes-para-restaurar-mata-atlantica-na-bahia)>. Acesso em: 11 maio 2018.

BNDES. *Missão, Visão e Valores*. 2018b. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/governanca-control/planejamento-corporativo/missao,-visao-e-valores>>. Acesso em: 11 maio 2018.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *A Reprodução*. Elementos para uma teoria do sistema de ensino. 2. ed. Tradução de Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1982.

BRASIL. *Resolução BACEN nº 3.545, de 29 de fevereiro de 2008*. Altera o MCR 2-1 para estabelecer exigência de documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes, para fins de financiamento agropecuário no

Bioma Amazônia. Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2008/pdf/res\\_3545\\_v1\\_O.pdf](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2008/pdf/res_3545_v1_O.pdf)>. Acesso em: 6 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. *Resolução BACEN nº 4.327, de 25 de abril de 2014*. Dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res\\_4327\\_v1\\_O.pdf](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf)>. Acesso em: 6 ago. 2015.

CAIXA. *Fundo Socioambiental*. 2018a. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/sustentabilidade/fundo-socio-ambiental/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 8 maio 2018.

CAIXA. *Missão, Visão e Valores*. 2018b. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/sobre-a-caixa/apresentacao/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 11 maio 2018.

CORPORATE KNIGHTS. *Global 100: An index of the Global 100 most sustainable corporations in the world*. 2018. Disponível em: <<http://www.corporateknights.com/reports/global-100/>>. Acesso em: 6 maio 2018.

DOWBOR, Ladislau. *A era do capital improdutivo: Por que oito famílias têm mais riqueza do que a metade da população do mundo?*. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

DUHIGG, Charles. *O poder do hábito [recurso eletrônico]: por que fazemos o que fazemos na vida e nos negócios*. tradução Rafael Mantovani. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

JACOBI, P. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 118, p. 189-205, mar. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n118/16834.pdf>>. Acesso em: 8 maio 2018.

JONAS, Hans. *Princípio Responsabilidade*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraopção: PUC- Rio, 2006.

MESQUITA, Alebe Linhares; SILVA, Jana Maria Brito. Instituições financeiras, meio ambiente e responsabilidade civil do financiador: o papel do financiador para a indução de condutas sustentáveis. *Revista de Direito e Sustentabilidade*. Minas Gerais. v. 1., n. 2., p. 159-178., jul/dez., 2015.

ONUBR. *Momento de ação global para as pessoas e o planeta*. 2015a. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Agenda de Ação de Adis Abeba incentiva investimentos em áreas de necessidades globais. 4 de Abril de 2015b. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-agenda-de-acao-de-adis-abeba-incentiva-investimentos-em-areas-de-necessidades-globais/>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *A ONU e o meio ambiente*. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

PERALTA, Carlos E; LEITE, José Rubens Morato. Desafios e oportunidades da Rio+20: perspectivas para uma sociedade sustentável. In LEITE, José Rubens Morato et al. *Temas da Rio+20: desafios e perspectivas contribuições do GPDA/UFSC*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 12-40. Disponível em: <<http://www.gpda.ufsc.br>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

PRINCÍPIOS DO EQUADOR. 2013. Disponível em: <[http://equator-principles.com/wp-content/uploads/2018/01/equator\\_principles\\_portuguese\\_2013.pdf](http://equator-principles.com/wp-content/uploads/2018/01/equator_principles_portuguese_2013.pdf)>. Acesso em: 6 maio 2018.

PROTOCOLO VERDE. 1995. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/Downloads/sustentabilidade/ProtocoloVerde.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2018.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *Responsabilidade Civil Ambiental das Instituições Financeiras*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

---

# AS VEREDAS DE UMA CONSTITUIÇÃO TRINTENÁRIA

*THE PATHS OF A TRINITARIAN CONSTITUTION*

---

*Omar Serva Maciel*

*Mestre em Direito Constitucional pela UFMG*

*Advogado da União. Procuradoria-Seccional da União em Varginha-MG.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Pessimismo e otimismo constitucionais; Uma posição intermediária; 2 Advocacia pública em questões jurídico-morais; A AGU no julgamento da ADI 4.277-DF; Constituição e felicidade; A felicidade é um direito?; 3 Considerações finais; Referências. Um diálogo com Riobaldo.

**RESUMO:** Em seus trinta anos de existência, a Constituição brasileira tem sido alvo de análises pessimistas e otimistas, defendendo-se ora sua revogação, ora sua manutenção, ainda que com modificações pontuais. Essa controvérsia possui como pano de fundo uma supervalorização do texto constitucional como condição de possibilidade de concretização de direitos fundamentais, como a busca da felicidade, por exemplo. Uma perspectiva redentora perpassa a crítica desses posicionamentos à luz da hermenêutica constitucional gadameriana, a exigir também das instituições que compõem a advocacia pública uma reflexão mais profunda sobre seu papel num Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Hermenêutica. Direito Fundamentais. Direito à Felicidade. Advocacia Pública.

**ABSTRACT:** In its thirty years of existence, the Brazilian constitution has been the target of pessimistic and optimistic analyses, defending itself both its revocation and its maintenance, although with occasional modifications. This controversy has as a background an overvaluation of the constitutional text as condition for the possibility of realizing fundamental rights, such as the search for happiness, for example. A redemptive perspective runs through the critique of these positions in the light of the constitutional hermeneutics of Gadamer and also demand from the institutions that make public advocacy a deeper reflection on its role in a democratic rule of law.

**KEYWORDS:** Constitution. Hermeneutics. Fundamental Rights. Right to Happiness. Public Advocacy.

## INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, no limiar dos seus 30 (trinta) anos, representou efetivamente um marco civilizatório na vida dos brasileiros e em qual medida? Somos melhores cidadãos do que há 3 (três) décadas, mais ou menos felizes por uma Carta com longa e moderna previsão de direitos e garantias fundamentais sem precedentes na história do nosso constitucionalismo? Qual seria a conexão entre Direito e felicidade? Como fundamentar juridicamente questões morais? Indagações como essas remetem a abordagens ontológicas e epistemológicas sobre o Direito e que evocam discursos interdisciplinares, com destaque para a sociologia, a ciência política, a filosofia e até mesmo a literatura. O Direito, no seu vórtice constitucional, é um instrumento a serviço do Estado para a

pacificação de conflitos, estabelecimento da ordem e promoção da justiça comunitariamente partilhada. Assim preconiza a epistemologia. Em termos ontológicos, porém, é linguagem<sup>1</sup>. A pré-compreensão do “ser” cognoscente acerca do “ente” constitucional e do ordenamento jurídico a ele submetido, o conhecimento dos seus limites e do que lhes conforma a substância consiste na principal tarefa dos operadores jurídicos, responsáveis que são pelos debates judiciais e doutrinários que conduzirão à ótima aplicação das leis. Já os intérpretes não-oficiais do acervo legislativo, disseminados na sociedade civil, expressam em suas mundivências, no “ser-aí-no-mundo”, aquilo a que aspiram que o Direito seja, torne-se e concretize. A paráfrase, quase icônica, de que a “Constituição é aquilo que a Corte constitucional *afirma ser*” carece de precisão, na medida em que desconsidera a “circularidade hermenêutica”<sup>2</sup> justaposta ao mesmo documento político. Descortina-se um vultoso espaço para ressignificações e numerosos dispositivos constitucionais que se ressentem de interpretação oficial a fim de lhes conferir a necessária efetividade.

Pode-se dizer, assim, que a Constituição, como a brasileira de momento, confronta-nos com um “sertão” de possibilidades, tamanhas são suas “veredas” a percorrer, “ribeirões e vaus” a atravessar, “pontes” a construir. Conheçê-la nas suas “montanhas e vales, planícies e planaltos, cimos e baixios” é um convite ao autoconhecimento, ao embrenhamento em perguntas, respostas e reperguntas que revelarão na Constituição muito de nós mesmos. Afinal, o pendor insaciável do homem pela autorrealização coloca-o numa cruzada contra o (e no) Estado para que desejos se tornem leis e estas instituem direitos. Vive-se a cultura do “direito a direitos”. A felicidade é um desses “novos” direitos que se quer constitucionalizar.

O presente artigo tem por objetivo analisar, sob a abordagem da hermenêutica filosófica gadameriana, as duas correntes de pensamento que se formaram em torno da Constituição brasileira e da sua necessidade de permanência ou reforma, possibilitando que se firme criticamente acerca de ambos os posicionamentos. Uma exame da advocacia pública, com destaque para a Advocacia-Geral da União, num concerto de plurissignificações do que é próprio ao Direito também se mostra indispensável. Como derradeiro ponto, será enfrentada a temática da “felicidade constitucional” e o que se pode e o que se deve esperar da Constituição em relação à promoção do bem estar individual e coletivo e como o discurso jurídico deve funcionar epistemológica e ontologicamente a respeito. Em conclusão, serão sumariadas as considerações anteriores.

1 “Ser que pode ser compreendido é linguagem” In: GADAMER, 1999. p. 687.

2 GADAMER (1999, p. 436).

Ninguém melhor do que GUIMARÃES ROSA, esse escavador da alma humana, para guiar este ensaio pelos caminhos e descaminhos da “felicidade constitucional”. O roteiro desta viagem são os “Grandes Sertões Veredas”, obra universal que corta e recorta a existência pelo simbólico e pelo real, dialogando com tudo e todos, e por que não dizer com as expectativas, sonhos e frustrações de uma Constituição balzaquiana, ora celebrada, ora repudiada, por nós, viajantes das “gerais” e da visagem que transpõe o “chapadão” de suas promessas. O personagem central da trama jurídico-literária é RIOBALDO, nosso “Fausto-sertanejo”<sup>3</sup>, que, na sua rusticidade e na gramática coloquial, cuida das “contingências do ser” que abarca tudo. Suas intervenções estarão demarcadas em negrito, em forma de diálogo, como convite à interlocução com uma Constituição que muito tem de oralidade, transita pelo factual e contrafactual e que não pode permanecer no terreno da ficção. “*Mire veja!*”

## 1 OTIMISMO E PESSIMISMO CONSTITUCIONAIS; UMA POSIÇÃO INTERMEDIÁRIA

A Constituição aprovada há quase 30 (trinta) anos é a mesma de que se cogita hoje? A pergunta assume contornos de relevância porque pavimentou o caminho para o surgimento de duas correntes brasileiras de pensamento constitucional. A primeira pode ser classificada como “*pessimista-reformista*” e a segunda como “*otimista-conservadora*”.

Os “pessimistas-reformistas”, profundamente influenciados pelo positivismo, entendem que a Constituição atual não é mais a promulgada em 1988. Consequentemente, não haveria motivos para comemorações, na medida em que celebrar o trigésimo aniversário de uma Constituição que não guarda fidelidade com o documento político-institucional originariamente posto seria uma contradição em termos. Baseiam-se no fato de que ao longo dessas décadas a Constituição sofreu 105 (cento e cinco) modificações, entre revisões e emendas constitucionais, perfazendo uma média de 3,5 alterações/ano. É a Constituição mais emendada do mundo e em todos os tempos, fazendo, segundo dizem, do constitucionalismo brasileiro uma “jabuticaba”. Pejorativamente ainda, denominam-na “Constituição Verborrágica”, porque prolixa, detalhista, ambígua. E se desfigurada está e se seus dispositivos são excessivamente numerosos, padecendo, em sua esmagadora maioria, de efetividade, preconizam uma nova Assembleia Nacional Constituinte ou uma “miniconstituinte” a erigir uma nova Carta Política, “lipoaspirada”, enxuta, apta a constituir um “brasileiro novo”. Interessante observar que os

3 Na definição de Paulo Rónai no Prefácio de “Grande Sertão Veredas”. GUIMARÃES ROSA (2001, p. 19).

4 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 380).

“pessimistas-reformistas” apareceram cedo, antes mesmo da promulgação da Carta, ainda nos trabalhos da Constituinte, rejeitando sua aprovação por razões exclusivamente ideológicas. Outros, antagonizaram-na momentos após a promulgação, dizendo que “inviabilizaria o governo e o país”.

Os “otimistas-preservadores”, de inclinação pós-positivista, sustentam o contrário. A Constituição atual continua sendo a originariamente produzida, materializando um texto de vanguarda, ricamente principiológico, com vastíssimo catálogo de direitos e garantias individuais e coletivas; a “Constituição Cidadã”, por antonomásia. Os “otimistas-preservadores” acreditam que o plexo de valores contidos na Carta e a minudência de suas prescrições fazem dela um “demiurgo”, dotado de “poderes mágicos”, de resiliência e capaz de fazer despertar, por “geração espontânea”, o que nela remanesce intocado, transformando da noite para o dia os cidadãos e a vida dos brasileiros. Posicionam-se, assim, contrariamente a uma nova Constituinte conquanto aceitem mudanças pontuais pelo poder constituinte derivado. “*Tudo é e não é*”<sup>5</sup>.

São sedutores os aspectos ligados a cada uma dessas correntes, remetentes que são da própria experiência humana, do ser que se autocompreende e que confere sentido às coisas, às pessoas, ao mundo, à vida, e que é produto de suas crenças, pré-conceitos, valores, tradição e ancestralidade. Esse *background* faz com que tudo seja permeado pela linguagem e pelas lentes próprias da subjetividade e da alteridade, fundindo horizontes de sentido. “*Eu sou é eu mesmo*”<sup>6</sup>.

Textos não equivalem a normas. O Direito posto não é autorreferente. As Constituições são influenciadas pela moral, mas não são equivalentes dela e de outros domínios metajurídicos. “Pessimistas” e “otimistas” ignoram a mediação fenomenológica do intérprete, do operador jurídico, do cidadão, como único elemento capaz de transformar a realidade, transformando-se. Regras, princípios, valores e ideias não têm “pernas”. São “faróis” que iluminam o caminho, mas que não fazem o caminhar. A Constituição é o “simbólico” que ambiciona o real. Se o sonhar é uma experiência redentora, que se sonhem “sonhos reais”. “*Se sonha; já se fez*”<sup>7</sup>.

Positivistas e pós-positivistas não podem também desconhecer a oralidade do discurso jurídico, o que dele se fala, como se fala e quem o diz para além do texto positivado. “*O que eu vi, sempre, é que toda ação principia mesmo é por uma palavra pensada*”<sup>8</sup>. O poder transformador da linguagem constitucional está nela e fundamentalmente no sujeito cognoscente. As

5 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 27).

6 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 31).

7 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 41).

8 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 194).

leis, na sua maior valência normativa, as Constituições, são obras humanas, imperfeitas, datadas historicamente e com propósito de permanência. “O que são” e o “que devem ser” dependem da valoração que se lhes emprestam e do sentido que conferimos a nós mesmos. O ato de interpretar é consequência da autocompreensão e compreensão humana na facticidade e na contrafactualidade do Direito e da vida. “*Sertão é isto, o senhor sabe: tudo incerto, tudo certo*”.

Entre “pessimistas” e “otimistas” constitucionais há espaço para uma posição intermediária e conciliadora, retratada por alguns autores como “*constitucionalismo adequado*”<sup>10</sup> e que propugna um modo ontológico de compreensão, interpretação e aplicação da Constituição a serviço de uma nova *práxis* constitucional compatível com a hermenêutica filosófica gadameriana.

Direito e constituições são textos com afecção valorativa. O texto é o ponto de partida. “*O que é pra ser – são as palavras!*”<sup>11</sup>. Se, de um lado, não se pode conceber uma realidade despida de normatividade, sob pena da própria capitulação científica do Direito, por outro lado não se pode imaginar uma normatividade desconectada da textualidade e da realidade que a circunda, como bem diz Hesse<sup>12</sup> e aqui seguido. Constituições devem refletir o momento histórico de sua criação e desnudar o “*espírito de um povo*” com vistas à promoção de mudanças factíveis. Há, ainda, que se contar com “*vontade constitucional*”, disposição deliberada de concretização do texto constitucional, conferindo-lhe normatividade. Tudo o que se vê, ouve, lê e fala pertine ao discurso

9 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 172).

10 Corrente que encontra em Lenio Luiz Streck um dos seus próceres no Brasil. A discordância que se faz em relação à “Nova Teoria Crítica do Direito” é pontual, na medida em que não se entende possível expurgar das decisões judiciais, por completo, o componente de discricionariedade, tomada a expressão como liberdade de escolha ou preferência pelo “bem”, e consequência do desenvolvimento da consciência crítica e histórica do homem. É evidente que “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, mas para que se “diga adequadamente alguma coisa sobre essa coisa”, o processo de atribuição de sentido necessita partir da “*facticidade em que está inserido o intérprete*”, um modo de ser no mundo “*que nos determina e que trazemos conosco*” (STRECK, 2006, p. 205). Consequentemente, a crítica hermenêutica que o mesmo autor formula contra a existência da “resposta correta” colide com a segurança jurídica de que impescinde o Direito. Em suas palavras: “*Na medida em que o caso concreto é irrepitível, a resposta é, simplesmente, uma (correta ou não) para aquele caso*” (STRECK, 2006, p. 213). Se casos concretos são irrepitíveis, com o que se concorda no domínio da temporalidade, os homens, sujeitos hermenêuticos, também o são, estando aptos a proferirem decisões diferentes. Essa problemática do “relativismo”, com repercussão particularíssima no Direito, parece não ter tido resolução definitiva pelo próprio GADAMER, apesar de rejeitá-la peremptoriamente. Quando diz que “*Compreender um texto significa sempre aplica-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que, a cada vez, se nos apresenta de modo diferente*” (destacou-se) (GADAMER, 1999, p. 579), importa ao discurso jurídico apontar que “nós”, os operadores desse saber prático, “somos muitos”. Aliás, é o próprio GADAMER quem assinala que “*Tudo presente finito tem seus limites. Nós determinamos o conceito de situação justamente pelo fato de que representa uma posição que limita as possibilidades de ver. [...] Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto*”. (idem) (GADAMER, 1999, p. 452). Seriam esses limites de visão definíveis? E se o fossem, não se estaria aprioristicamente concebendo um “método para a verdade (jurídica)?” Por mais que a “fusão de horizontes” integre a circularidade hermenêutica, o referencial (pré) compreensivo do sujeito mantém-se ineliminável. A busca pela decisão “correta” é historicamente situada, uma “verdade” immanente a ser permanentemente reconstruída.

11 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 64).

12 HESSE (1991).

constitucional. Nenhum fato político, econômico, social e cultural ocorrido no Brasil nas últimas três décadas escapou de um sentido constitucionalmente atribuído. Se a Constituição tem quer ser lida e conhecida, a *compreensão-para-a-interpretação* é a chave para a mudança a ser promovida pela Constituição. Se compreender é interpretar, interpretar é a explicitação da compreensão e o seu aplicar<sup>13</sup>. Por meio da interpretação, significa-se e se ressignifica a Constituição, fazendo-a atuar, vivificando-a. Claro que não se cuida de uma interpretação qualquer, “pedestre”, mas qualificada, adequada, razoável, propiciadora da concretização do enunciado previsto no texto constitucional, tendo-se presente as condições reais da sociedade em que se vive e de intérpretes em permanente redefinição. “... *o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando*”<sup>14</sup>. Se se apregoa que às Cortes Constitucionais é dado dizer a “última palavra” sobre o que é a Constituição e sua normatividade, toda e qualquer pessoa, numa atividade isolada ou gregária, está investida do direito-dever de dizer o seu sentido “primeiro”<sup>15</sup>, lendo-a e interpretando-a no seu dia-a-dia, na riqueza da oralidade. Uma nova práxis constitucional apta a implementar as promessas realizáveis contidas na Constituição a aplicar é resultante de uma nova pedagogia constitucional em que “*se compreende para interpretar e não se interpreta para compreender*”<sup>16</sup>.

Extensas ou sucintas, minudentes ou programáticas, regradoras ou principiológicas, as Constituições valem por si enquanto houver comprometimento com a sua aplicação. Reformas, revisões ou instauração de um novo Poder Constituinte não desvelarão “o novo” e o “feliz” se o homem, o cidadão, o operador jurídico, permanecer entorpecido em seu cotidiano objetificante e coisificador. Uma nova *phronesis* constitucional depende menos da Constituição que se tem do que de quem aspira ao supremo bem que a tudo transcende na universalidade hermenêutica.

## **2 A ADVOCACIA PÚBLICA EM QUESTÕES JURÍDICO-MORAIS; A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NO JULGAMENTO DA ADI 4.277-DF; CONSTITUIÇÃO E FELICIDADE; A FELICIDADE É UM DIREITO?**

A Constituição de 1988 confiou à advocacia pública um relevante e vasto papel na defesa do Estado Democrático de Direito, num arco que se estende da construção jurídica de políticas públicas e defesa judicial das mesmas à arbitragem de disputas administrativas entre entidades do

13 GADAMER (1999, p. 459-460).

14 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 39).

15 “A interpretação é um fazer segundo um anterior”. GADAMER (1999, p. 200).

16 GADAMER (1999, p. 459).

mesmo organograma federativo, englobando ainda cobranças tributário-fiscais, proteção ao erário, inclusive proativamente na recuperação de ativos, e combate à improbidade.

Em países de desenvolvimento tardio como o Brasil, em que a promoção dos direitos e garantias fundamentais reclama maior efetivação, a advocacia pública realiza um contraponto pragmático: “direitos têm custos”. Confrontado por “necessidades infinitas e recursos finitos”, o Poder Executivo define, moldurado pelo “dirigismo constitucional”, o que pode ser gasto, sua quantidade e destinação, submetendo-se ao controle financeiro-orçamentário do Poder Legislativo<sup>17</sup>. Esse panorama, quase intocável, foi redesenhado com a promulgação da Constituição de 1988. A partir de então, o Poder Judiciário e o Ministério Público passaram a interferir em políticas públicas em gestação, modificando-as, quando não as promovem. Opções de oportunidade e conveniência administrativas foram derogadas como terrenos inacessíveis à ingerência judicial, atualmente transpostos sob o pretexto de supressão da omissão governamental no cumprimento de obrigações constitucionalmente assumidas. A distribuição de recursos públicos é uma das facetas da judicialização da política ou da politização do jurídico. O pano de fundo desse embate é ontológico e epistemológico, modulado por díspares concepções do que o Direito é e de como deve ser operado. Se, de um lado, promotores, procuradores da República, juízes, advogados e outros atores processualmente legitimados externam em suas manifestações a adesão a uma concepção “*material e substancial*” do Direito, nos moldes pós-positivistas, resvalando com frequência num ativismo judicial pleno e decisionista, na outra extremidade a advocacia pública parece estar comprometida, numa quadra de quase pós-positivismo<sup>18</sup>, com a maior segurança jurídica oferecida pelo “*procedimentalismo*” de matriz habermasiana, defendendo regras e princípios pré-estabelecidos que fixariam critérios e condições espaço-temporais para que a acessibilidade a

17 A advocacia pública, na sua atuação contenciosa de defesa do erário e das políticas públicas, tem-se caracterizado por uma postura “self-restraining” e economicamente responsiva, empregando conceitos prévios fortemente influenciados pelo consequencialismo norte-americano, tais como “prejuízo financeiro”, “dano econômico irreversível”, “cláusula da reserva do possível”, “reserva parlamentar”, “insindicabilidade judicial do mérito administrativo” e “controle financeiro-orçamentário”. Em termos ideais, competiria ao Estado, produtor e intérprete do Direito, submeter-se também ao giro ontológico preconizado pela hermenêutica filosófica. Na impossibilidade de fazê-lo (resultando também num problema hermenêutico-filosófico), à advocacia pública, como subproduto do *munus* advocatício, não resta alternativa senão atuar “parcialmente”, no sentido de “defesa da parte constituída”, sustentando, judicial e extrajudicialmente, e de modo constitucionalmente adequado, a política estatal em curso.

18 Percebem-se ainda na advocacia pública resquícios de positivismo. Súmulas administrativas, verbetes e precedentes jurisprudenciais ainda são muito utilizados pelos advogados públicos e procuradores. Mitigações, contudo, já se fazem sentir. No âmbito da AGU, são cada vez mais numerosas as Portarias que autorizam Advogados da União e Procuradores Federais a não interpor recursos, desistirem de execuções e realizarem transações e acordos de leniência, citando-se, exemplificativamente, as PGU 02/14 e 01/18 e AGU 377/11.

bens e direitos se concretize. Há uma prática discursiva de responsabilidade dos representantes da soberania popular que deve ser respeitada, nas suas escolhas e valorações. Em hipóteses de inconstitucionalidades flagrantes, a condição republicana que ostentam as instituições que compõem a advocacia pública, como a Advocacia-Geral da União, desloca-as do protocolar múnus de defensoras da presunção de legalidade para a superior tarefa de comissionárias da constitucionalidade. Nesse campo conflagrado de (pré) compreensões diversas sobre o Direito e o funcionamento da jurisdição, sobretudo a constitucional, a Advocacia-Geral da União atua como instituição-garante do Estado brasileiro, para além da transitoriedade dos governos, na formatação jurídico-judicial do que é constitucionalmente possível de ser concedido a quem dele comprovadamente necessite, sem se imiscuir diretamente nas diversas concepções de bem que circulam pelas sociedades pluralistas.

No julgamento da ADI 4.277-DF<sup>19</sup>, por exemplo, o STF foi provocado a se pronunciar acerca da união homoafetiva no particular aspecto dos seus reflexos jurídico-negociais nas esferas íntimas das pessoas que a integram. Na oportunidade, o conceito de família foi ampliado para a inclusão de casais do mesmo sexo, tendo sido reconhecido o direito constitucional à orientação sexual e à não-discriminação pela preferência afetiva assumida como emanções diretas do princípio da dignidade da pessoa humana. “*Coração mistura amores. Tudo cabe*”<sup>20</sup>. Saliente-se que a posição da AGU no caso foi mais procedimental do que conteudística, sem se abster do reconhecimento de uma categoria de direito fundamental merecedora de proteção<sup>21</sup>. Ocorre que na fundamentação do acórdão para assegurar o direito à união homoafetiva foi evocada a “felicidade” como reforço argumentativo, muito embora o texto constitucionalmente positivado consagre, como visto, a dignidade da pessoa humana, princípio com conteúdo marcadamente ético-valorativo, aberto a multifárias concepções “de bem”.

No que concerne à felicidade, o “discurso de fundamentação” empregado pelo STF no julgamento em questão adicionou mais um

19 O julgamento abrangeu a ADPF nº 132-RJ que versava sobre o mesmo assunto.

20 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 204).

21 A AGU adotou uma interpretação extensiva e colmatadora de lacuna, discutível, com vênias, em termos de discurso de justificação. Eis a ementa da manifestação (fls. 824/844): “*Direitos Fundamentais. Uniões homoafetivas. Servidor Público. Normas estaduais que impedem a equiparação do companheiro de relação homoafetiva como familiar. Preliminares. Conhecimento parcial da ação. Falta de pertinência temática e de interesse processual. Mérito: observância dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Exigências do bem comum. Direito comparado. Decisões dos Tribunais Superiores. Manifestação pelo conhecimento parcial da ADPF para que, nessa parte, seja julgado procedente, sem pronúncia de nulidade, com interpretação conforme a Constituição (somente dos dispositivos do Decreto-lei estadual nº 200/75), a fim de contemplar os parceiros da união homoafetiva no conceito de família*”. A judicialização de temáticas co-originais ao Direito exige da advocacia pública uma ciosa e racionalizada atuação protetiva do acervo legislativo nem sempre produzido por maiorias eventuais.

componente de dificuldade à sempre árida atividade jurídico-decisória, uma vez que havia prévia recusa legislativa no tratamento do tema<sup>22</sup>. A crítica que se faz ao acórdão em referência, dentro dos propósitos deste artigo, está circunscrita ao discurso de justificação adotado<sup>23</sup>. A fundamentação do julgado, incorporando a “felicidade” às razões de decidir, incorreu em déficit de legitimidade, pois não se pode conceituar juridicamente aquilo que a filosofia moral sequer tem por consensuável. Por arrastamento, o recurso de fundamentação a conceitos indeterminados compromete a segurança jurídica. Não por acaso, alguns segmentos se sentiram infelicitados pela decisão<sup>24</sup>. Tem sido bastante frequente sustentar o cabimento da temática da “felicidade” no plano jurídico-constitucional com base em documentos políticos remotos e atuais<sup>25</sup>. A “felicidade” é um problema da filosofia até hoje insolúvel. Aristóteles a considera como o “supremo bem” atingível pela excelência de ação (“logos”)<sup>26</sup>. Uma meta superior ao próprio ideal de justiça, esta sim uma questão do Direito. E fazer do Direito uma expressão idealizada de Justiça está ainda por acontecer. Faz-se e pratica a “justiça

22 O Congresso Nacional rejeitara anos antes do julgamento duas Propostas de Emenda Constitucional que propunham a alteração da redação do Art. 6º, caput, da Constituição Federal, para considerar os direitos sociais previstos no dispositivo como essenciais à “busca da felicidade”.

23 Como bem observa STRECK em comentário a uma decisão do TJRS sobre união homoafetiva “... não cabe ao Poder Judiciário colmatar lacunas (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário ‘crie’ uma Constituição ‘paralela’, estabelecendo, a partir da subjetividade assujeitadora de seus integrantes, aquilo que ‘indevidamente’ não constou do pacto constituinte. [...] Há limites hermenêuticos a que o Judiciário se transforme em legislador. Veja-se que um dos argumentos utilizados [...] é o de que o judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de ‘condições políticas’ para tal, elaborar legislação a respeito. [...] A Constituição reconhece união estável entre homem e mulher. Isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser ‘colmatada’, com um argumento kelseniano do tipo ‘o que não é proibido é permitido’” (STRECK, 2003, p. 192).

24 Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cnbb-critica-decisao-do-stf-sobre-uniiao-homoafetiva,717854>>.

25 A “Declaração do Bom Povo da Virgínia”, de 1776, de forte inspiração contratualista e iluminista, foi a que pioneiramente mencionou a “felicidade” num documento político. Curioso observar que os “bons virginianos” se oporiam anos mais tarde, no Congresso da Filadélfia, à “felicidade” dos “pais fundadores”, que preconizavam a promulgação da Constituição americana e a criação dos “Estados Unidos da América”. Acreditavam, esses “bons virginianos”, numa “felicidade branca”, excludente dos escravos? Interessante é também perceber que a “felicidade” constou da Declaração de Independência americana sem que, no entanto, viesse a ser reproduzida na Constituição de 1787. Menos de cem anos depois da Constituição americana, os EUA conheceram a fratricida “Guerra de Secessão” na qual confederados e unionistas perseguiram a “felicidade” com sinais trocados. Idêntico raciocínio alcança a Constituição francesa de 1958, que alberga a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e que, por sua vez, influenciada que foi pela Declaração de Independência norte-americana, aninhou a “felicidade” em seu texto fundamental. Essa mesma “felicidade” consagrada pelos franceses não impediu, uma década após, no emblemático “Maio de 68”, sua reinvidicação com mais amplitude. A atual Constituição do Japão também trata da felicidade. Não se pode dizer que os japoneses sejam mais felizes por isso. Sua taxa diária de suicídios figura entre as maiores do mundo, a tripla da brasileira.

26 ARISTÓTELES (1996, p. 128).

possível” e que, ainda assim, produz “injustiçados”, do mesmo modo que a segurança de uns significa, muitas vezes, o desassossego de outros, tal como a afirmação da liberdade de alguns pode redundar em restrições a posições jurídicas alheias. E a história comprova que a promoção do bem-estar coletivo implica, ocasionalmente, o aniquilamento do indivíduo. O binômio inclusão/exclusão está presente no mundo contemporâneo tipificado por um “pluralismo agônico”<sup>27</sup>.

Se a concretização constitucional dos ideais de justiça, de liberdade e igualdade corporificam um enorme desafio para os povos ao longo de toda a história da civilização, o estabelecimento da felicidade como um direito o será ainda mais. A felicidade não constitui, nem pode constituir, um direito, na acepção de posição jurídico-subjetiva, porque o Direito, ciência e saber prático, não pode ser instrumentalizado pelo prazer. E o homem, como censuravam os primeiros filósofos e advertia Freud, é movido pelo “princípio do prazer”, emulado numa sociedade crescentemente consumista e hedonista. “*O real roda e põe diante*”<sup>28</sup>.

A Constituição, por si só, não é repositório de felicidade. Se Constituições dela tratam, que se entenda isso como mais uma idiosincrasia humana, um simbolismo, mas não como pertencimento ao mundo do Direito. A “felicidade” deve ser sempre buscada por todos, mas individualmente, assim como se persegue o amor, a paz de espírito, a beatitude. “*Riobaldo, a colheita é comum, mas o capinar é sozinho*”<sup>29</sup>.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma Constituição como a brasileira é mais do que um texto, mas a jurisdição constitucional se inicia por ele. (Pré)compreendida, interpretada e aplicada adequadamente, da Constituição se pode esperar muito a despeito de não poder tudo. Reformas e revisões constitucionais se revelam inócuas se não forem precedidas ou se se fizerem acompanhar de uma nova pedagogia constitucional que colime a reforma do homem, na sua esfera íntima e cívica. Se ainda haverá infelizes? Provavelmente. Todavia, mais felizes que ontem porque não há retrocesso constitucional nem contramarchas no constitucionalismo confrontado pela assertividade de cidadãos ativos e altivos e, por que não, de uma advocacia pública crescentemente republicana. Sim, a advocacia pública

27 MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. In: *Política & Sociedade*, Florianópolis, v.1, n.3, p. 11-26, out. 2003, p.17. “[...] Quando aceitamos que todo consenso existe como um resultado temporário de uma hegemonia provisória, como uma estabilização de poder que sempre vincula alguma forma de exclusão, podemos começar a encarar a natureza de uma esfera pública democrática de um modo diferente”.

28 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 154)

29 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 74).

contribui e muito ainda tem a contribuir para o avanço civilizatório dos brasileiros caso consiga incorporar em sua missão institucional o paradigma ontológico proposto pela hermenêutica filosófica gadameriana, pois os textos jurídicos devem ser compreendidos em cada situação concreta de maneira nova e distinta. Esse “giro paradigmático” não resultará no sacrifício da segurança jurídica, uma vez que advogados públicos e procuradores devem pensar o Direito em termos histórico-jurídicos. Tampouco haverá o comprometimento das políticas públicas. Os integrantes da advocacia pública estão preordenados a advertir governantes e gestores de que a Constituição não pode ser por eles apropriada. A isso se denomina “advocacia de Estado”, que rivaliza com a “de governo”.

Sob a perspectiva de um “constitucionalismo adequado”, o discurso jurídico não coabita com a “felicidade”. O Direito está vocacionado à promoção da Justiça possível e que delimita um determinado estágio civilizatório e seu respectivo regime político. No entanto, certamente menos felicidade haveria se Constituições não houvesse. A sensação de felicidade é relativa porque a felicidade na vida sempre o é. O grau de frustração em relação ao texto constitucional e à sua baixa normatividade deve significar um mergulho do homem (“ser”) na autocompreensão em busca do seu aperfeiçoamento intelectual e moral, ponto de partida e chegada do “ente” constitucional. Quantos melhores homens e cidadãos se puder formar, mais se poderá esperar da Constituição.

A felicidade é algo muito precioso para ser infelicidade por regras e princípios que buscam promovê-la e que na facticidade e contrafactualidade da existência se tornam ineficazes. A felicidade não é um direito. Constituições são o “breviário dos povos livres”, nunca dos povos felizes. Felicidade é um valor que se constrói e se persegue no cotidiano individual. Que não se transfira essa missão à Constituição, à folha de papel, cuja efetividade é tão custosa de ser alcançada. Sejamos felizes dentro da felicidade possível. Assim seja!

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: safE, 1991.

Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cnbb-critica-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva,717854>>

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. In: *Política & Sociedade*, Florianópolis, v. 1, n. 3, p. 11-26, out. 2003.

RONÁI, Paulo. Três motivos em grande sertão: veredas. Prefácio In: “*Grande Sertão Veredas*”. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



### UM DIÁLOGO COM RIOBALDO

- “O amigo saberia responder: o que é o real?”
- “O real não está nem na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia”<sup>30</sup>.
- “Um caminho a escolher neste Sertão”.
- “Mas os caminhos não acabam”<sup>31</sup>. “O sertão é do tamanho do mundo”<sup>32</sup>.
- “Agradeceria se me explicasse melhor”.
- “O senhor não sabe, o senhor não vê”<sup>33</sup>. “Viver é muito perigoso...”<sup>34</sup>.
- “Mas e os descaminhos?”.
- “O sertão tudo não aceita? “O amor só mente para dizer maior verdade”<sup>35</sup>.
- “Mirei vi”.



30 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 80).

31 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 88).

32 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 89).

33 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 608).

34 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 101).

35 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 503).



---

**A ATUAÇÃO PROATIVA DA ADVOCACIA-GERAL  
DA UNIÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL (ADIN 2.477 E ADIN 3.768) EM DEFESA  
DA APLICAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS APÓS  
A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

---

***THE PROACTIVE ACTION OF THE GENERAL ADVOCACY OF THE  
UNION (AGU) BESIDE OF THE SUPREME COURT (ADIN 2,477  
AND ADIN 3,768) IN DEFENSE OF THE APPLICATION OF PUBLIC  
POLICIES AFTER THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988***

*Rodrigo Araújo Ribeiro*

*Procurador Federal em Belo Horizonte/MG, Coordenador da EAGUMG (1o  
Região), Mestre em Direito Tributário pela UFMG e Doutor em Direito Público pela  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Constituição Federal de 1988 e a Proteção das Políticas Públicas; 2 O Papel da Advocacia-Geral Da União na Aplicação das Políticas Públicas Após a Constituição Federal de 1988; 3 A Defesa Judicial das Políticas Públicas em Favor das Pessoas Portadoras de Deficiência e do Idoso Perante O Supremo Tribunal Federal; 4 Conclusão; Referências

**RESUMO:** O presente ensaio visa trazer uma análise reflexiva da proteção das Políticas Públicas pela Constituição Federal de 1988 e o papel da Advocacia-Geral da União na defesa da sua aplicação perante o Supremo Tribunal Federal (ADIN 2.477 e ADIN 3.768).

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal de 1988. Proteção das Políticas Públicas. Atuação Proativa da Advocacia-Geral da União no STF.

**ABSTRACT:** The present essay aims to bring a reflexive analysis of the protection of Public Policies by the Federal Constitution of 1988 and the role of the General Advocacy of the Union (AGU) in defending its application beside of the Supreme Court (ADIN 2,477 and ADIN 3,768).

**KEYWORDS:** Federal Constitution of 1988. Protection of Public Policies. Proactive Action by the General Advocacy of the Union (AGU) at STF.

## INTRODUÇÃO

A inserção do Capítulo IV, “Das Funções Essenciais à Justiça”, e da Seção II, “Da Advocacia Pública”, dentro do Título IV, “Da Organização dos Poderes”, na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pela EC n. 19, de 04 de junho de 1988, assentou a defesa do interesse público primário pela Advocacia-Geral da União.

Concomitantemente a isto, o advento da Constituição da República de 1988 trouxe novas perspectivas para a sociedade brasileira no tocante à proteção das Políticas Públicas.

Buscar-se-á, neste artigo, trazer à baila o papel constitucional da Advocacia-Geral da União na defesa da aplicação das políticas públicas nas ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADIN 2.477 e ADIN 3.768).

Antes, porém, far-se-á necessário tecer um breve panorama em torno do conceito, categorias e contornos da proteção das políticas públicas pela Constituição Federal de 1988.

## 1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PROTEÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A expressão política pública é utilizada para se referir a um processo de tomada de decisões, como também para tratar sobre o produto desse processo. Segundo Roosevelt Queiroz, *verbis*:

A expressão política pública, a exemplo de outras relacionadas a ela, como *governo, estado e administração pública*, é empregada de várias formas e em contextos diversos, como uma área de atividade governamental (ex.: política social, política agrícola, etc.) como um objetivo ou uma situação desejada (ex.: estabilizar a moeda), como um propósito específico (ex.: política de tolerância zero), como uma decisão de governo em uma situação emergencial (ex.: decretar uma situação de calamidade pública), como um programa (ex.: programa de combate à mortalidade infantil), entre outras.<sup>1</sup>

Ainda ensina o referido doutrinador que as políticas públicas podem ser divididas em 5 (cinco) tipos ou categorias: *Políticas estabilizadoras* (têm por objetivo o promover o crescimento econômico mediante instrumentos fiscais e monetários), *Políticas Reguladoras* (têm por objetivo regular a atividade econômica mediante leis e disposições administrativas), *Políticas*

1 QUEIROZ, Roosevelt Brasil. *Formação e gestão de políticas públicas*. 3. ed. Curitiba: XIBPEX, 2011. p. 96.

*Alocativas* (têm por objetivo estabelecer o rol e o quantitativo de serviços a serem disponibilizados à população), *Políticas Distributivas* (têm por objetivo a distribuição da renda) e as *Políticas Compensatórias* (têm por objetivo prover e auxiliar os segmentos mais pobres da população, excluídos ou marginalizados do processo de crescimento econômico ou social); nesse contexto, sintetiza que as políticas públicas, dentro do Estado Democrático de Direito, são “*os meios que a administração pública dispõe para a defesa e concretização dos direitos de liberdade e dos direitos sociais dos cidadãos, estabelecidos na Constituição Federal*”.<sup>2</sup> (Grifo nosso)

A Constituição Federal brasileira, desde sua promulgação, aos 05 de outubro de 1988 e, posteriormente, através de suas emendas, sempre precedidas de um amplo debate para formação de consenso em torno de temas conflituos, permitiu a convivência de preceitos de polity com aqueles que enunciam policies, ou seja, opções quanto a políticas públicas revestidas de densidade suficiente para viabilizar sua exigibilidade constitucional.

Com efeito, no plano da efetivação dos direitos fundamentais, temos a inserção de políticas públicas de duas formas distintas: 1) a política pública está parcial ou inteiramente constitucionalizada; 2) a política pública resulta exclusivamente da atuação do legislador, dentro de uma esfera ordinária de atribuição no exercício da política competitiva, uma vez que o sistema constitucional optou pela enunciação de deveres de planejamento e eficiência, desdobrando-se em nova intervenção densificadora no âmbito da função administrativa.<sup>3</sup>

Note-se que o alto índice de judicialização das políticas públicas, seja para a garantia do cidadão das prestações de que se julgue credor a partir do sistema constitucional, seja para que se complete uma providência associada a uma política pública parcialmente constitucionalizada, atrai para o Poder Judiciário a possibilidade de proteção da Constituição através da tutela dos direitos fundamentais.

Assim, a busca de efetividade da Constituição Federal de 1988 teve como resultado uma sobrecarga no sistema da justiça, por um lado, com a multiplicação de direitos com maior ou menor densidade constitucional, e, por outro lado, com a indeterminação do conteúdo possível das políticas públicas sugeridas no texto constitucional como exigível de parte do Estado.<sup>4</sup>

Dentro desse contexto, afirma Vanice Valle:

2 QUEIROZ, op. cit., p. 97.

3 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2016. p. 57.

4 VALLE, . op. cit., p. 58.

No caso brasileiro, esse dilema entre enunciação de direitos (que não de ser traduzidos em políticas públicas instrumentais à sua garantia) e arcabouço institucional apto à sua concretização incorporou-se definitivamente à agenda jurisdicional. É geral o sentimento de inadequação ou, quando menos, desproporção entre os esforços do Estado no rumo do cumprimento de seus deveres constitucionais, e os resultados efetivamente alcançados em favor da cidadania, tendo sempre por parâmetro de avaliação o texto constitucional. A falta de transparência na prática pública reforça a ideia de que as tarefas constitucionais não encontram concretização, não necessariamente por impedimentos materiais absolutos mas, muitas vezes, por falta de vontade política, ou por prioridades outras, que não aquelas enunciadas pela Carta de Outubro. Assim, se as políticas públicas não se revelam aptas à proteção dos direitos fundamentais, isso assim seria por disfunções do poder, que devem ser corrigidas via prestação jurisdicional – esse é um discurso recorrente no cenário brasileiro.<sup>5</sup>

Neste cenário de judicialização de políticas públicas, total ou parcialmente constitucionalizadas, constata-se a importância da participação da advocacia pública nos processos de controle de constitucionalidade por determinação constitucional (art. 103, § 3º CF/88), competindo ao Advogado-Geral da União a defesa das leis e atos normativos cuja inconstitucionalidade seja suscitada perante o Supremo Tribunal Federal, bem como o assessoramento do Presidente da República no tocante à elaboração e efetivação de determinada política pública como se demonstrará.

## **2 O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA APLICAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Como já foi discorrido em outros trabalhos, a integração da Advocacia-Geral da União no rol de instituições públicas elevadas à categoria de Funções Essenciais à Justiça no Capítulo IV – mas não no nos Capítulos que tratam dos Poderes da República (Capítulos I, II e III) da Constituição Federal de 1988 - demonstra, inequivocamente, a importância desta instituição da República na defesa dos interesses públicos primários.

Dessa maneira, visando sempre a concretização da Justiça, a Advocacia-Geral da União não está inserida dentro de um ou outro dos Poderes do Estado, mas englobada dentro de um bloco único juntamente com as instituições públicas do Ministério Público e a Defensoria Pública, como se constituíssem um quarto poder dentro do Título IV da Constituição.

<sup>5</sup> VALLE, op. cit., p. 60.

Para Junqueira Ramos, quando o legislador constitucional de 1988 qualificou a Advocacia-Geral da União como uma instituição, pretendeu que sua atuação não fosse simplesmente como um órgão da Administração Pública, ressaltando que:

O constituinte de 1988 manteve, de um lado, os três Poderes tradicionais, segundo o clássico modelo pensado por Montesquieu, bem assim as funções respectivas de legislar, executar e julgar. Paralelamente, criou as Funções Essenciais à Justiça, entre essas a Advocacia-Geral da União que, sem características de Poder orgânico, tem por objetivo de atuar diretamente na representação da União Federal, prestando consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo com independência.<sup>6</sup>

Em que pese o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 470/AM<sup>7</sup>, no sentido da limitação técnica do Advogado Público, havendo necessidade de autorização do seu superior hierárquico para reconhecimento de direito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera duas conquistas do direito público contemporâneo: o sistema de participação política e o sistema de Funções Essenciais à Justiça, aperfeiçoado com as garantias para uma atuação independente.<sup>8</sup>

Sob essa ótica e dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, cabe à Advocacia-Geral da União exercer seu profícuo papel de zelar pela legalidade dos atos administrativos da União Federal, alertando ao Administrador Público sobre o descompasso da aplicação da lei (dentro da seara administrativa) ou provocando os órgãos do Poder Judiciário para colocar o Estado dentro do passo correto do direito e da juridicidade.

Ressalte-se aqui a manifestação do Advogado-Geral da União pela procedência da ADI 4.249/SP, em que foi impugnada a Lei n. 13.521/09 do Estado de São Paulo, que proíbe o consumo de cigarros em áreas de uso coletivo. Defendeu-se, em parecer favorável à inconstitucionalidade formal da lei paulista, o argumento de que se já existe lei federal sobre o tema, o ato normativo estadual invadiu a competência da União para dispor

6 RAMOS, William Junqueira. *A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p.35

7 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 470 AM, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão j. 01/07/2000, Diário da Justiça da União, 11.10.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=470&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

8 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v.29, n. 116, p. 72-102, out/dez de 1992, p. 81. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175998/000466608.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 jan. 2018

sobre normas gerais (Competência concorrente – Art. 24, XII, § 2º e § 4º da CF/88).<sup>9</sup>

Após vários debates nos votos proferidos na ADI 3916/DF<sup>10</sup>, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que o Advogado-Geral da União, enquanto chefe de uma instituição constitucional que exerce função essencial à Justiça, pode manifestar-se pela defesa ou não do ato normativo abstratamente impugnado perante a Corte, de acordo com sua convicção jurídica a respeito do tema e sem ferir o imperativo constitucional determinado pelo Artigo 103, § 3º da Constituição Federal.<sup>11</sup>

Por vezes, como curador da presunção de constitucionalidade do ato normativo impugnado, o Advogado-Geral da União poderá manifestar-se, no mérito, pela procedência ou improcedência do pedido de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, trazendo os argumentos técnicos capazes de justificar a medida de política pública aplicada e questionada no Poder Judiciário. Por vezes, esses argumentos são suficientes para auxiliar o julgador no conhecimento dos aspectos técnicos das demandas, o que se torna importante no âmbito da fiscalização abstrata de inconstitucionalidade.<sup>12</sup>

Segundo Berlandi, a atuação do Advogado de Estado deve zelar não simplesmente em prol da legalidade, mas prevalência do “bom Direito”, sendo, ainda, *custos legis* – atribuição que não somente cabe aos membros do Ministério Público – na medida em que cumpre fiscalizar a lei ao controlar os atos da administração via emissão de pareceres vinculantes e súmulas administrativas.<sup>13</sup>

Verifica-se, portanto, que o papel da Advocacia-Geral da União deve ser pautado pelas balizas da advocacia do Estado em defesa da sociedade, da ordem jurídica e do interesse público, mas não simplesmente uma advocacia de Governo, restrita à defesa do interesse de um governo transitório. Nesse sentido, expressa-se Junqueira Ramos:

- 
- 9 MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 218.
- 10 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3916 DF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau j. 07/10/2009, Diário da Justiça da União, 16.10.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3916&classe=AD>>.
- 11 Prescreve o Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2018.
- 12 JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *Advocacia Pública e Política Pública*. Disponível em: <<http://biblioteca.jfb.jus.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/41/41>>.
- 13 BELANDI, Victor César. Advocacia de Estado ou de Governo? Reflexões sobre a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente acometidos à administração do Estado. *Revista da AGU*, Brasília-DF, a. 14, n. 3, p. 231-260, jul./set., 2015.

Por isso, dentro do enfoque da advocacia de Estado e não de governo, é importante lembrar que os Procuradores Públicos não estão submetidos à hierarquia administrativa de qualquer dos Poderes do Estado e, nas palavras de Derly Barreto e Silva Filho, não recebem ordens de quem quer que seja. Afinal, exercem função essencial à justiça, controlando os atos administrativos sob a ótica da legalidade, legitimidade e da licitude, preservando, promovendo e assegurando os interesses públicos primários entregues à cura do Estado, misteres que não podem ficar condicionados à relação de subordinação administrativa.<sup>14</sup>

Diante dessas premissas, a Advocacia-Geral a União vem atuando nas Ações Afirmativas propostas perante o Supremo Tribunal Federal e defendendo, com afinco, a execução das políticas públicas compensatórias dentro dos primados do Estado Democrático de Direito e da Constituição da República Federativa do Brasil, seus fundamentos, objetivos e princípios, como se verá no decorrer desse artigo.

### **3 A DEFESA JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM FAVOR DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA E DO IDOSO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Em que pese a existência de um número expressivo de normas infra-legais de conteúdo afirmativo em favor dos idosos e portadores de deficiência, diga-se de passagem, todas elas dando efetividade aos direitos sociais prescritos no texto constitucional e, por seu turno, ao direito de solidariedade e fraternidade ligado à assistência social, o fato é que, via de regra, essas normas são frequente e impropriamente questionadas com base em argumentos calcados na desproporcionalidade entre as medidas protetivas e a finalidade perseguida.

Partindo-se do pressuposto de que qualquer ato administrativo deve ter um substrato legal que lhe dê suporte, nada mais sendo do que a verificação de subsunção do ato à norma existente, a Advocacia-Geral da União, contenciosamente ou junto ao seu órgão de assessoramento jurídico, tem por dever indicar aos agentes da Administração Pública a melhor interpretação do direito de maneira a indicar se determinada política pública pode ou deve ser executada de específica maneira e em conformidade com os ditames das normas constitucionais. Nesse contexto de ideias, discorre Edilson Júnior:

---

<sup>14</sup> RAMOS. William Junqueira, Op. cit., p. 75.

[...] Em assim sendo, a elaboração, pela via legislativa, das políticas públicas não pode prescindir do providencial auxílio dos advogados públicos, cuja atividade deverá ser exercida em sintonia e aproximação com os órgãos técnicos e representativos da atividade-fim da Administração, para cuja execução se destina a política.

Essa participação é de grande relevo para os aportes dos setores técnicos, no que concerne ao conteúdo das políticas, afinem-se com as normas constitucionais. Cabe, assim, àqueles velar pela legitimidade dos programas de ação desenvolvidos pelos governos.<sup>15</sup>

Diga-se de passagem que a grande maioria das mais variadas atividades voltadas à consecução de políticas públicas presentes na Constituição Federal brasileira é exercida pelo Poder Executivo com sua imensa estrutura burocrática: segundo dados, na área federal somente o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão divulgou a existência de 737.158 cargos públicos, 113.869 cargos em comissão e 20.922 contratados em regime temporário que a União mantém para exercer a execução das políticas públicas.<sup>16</sup>

Como ensina os autores Teófilo Júnior, Renan Pugliesi e Rogério Cachichi:

A passagem para o Estado Social, no final do século XIX e limiar do século XX, trouxe à baila muitos dos direitos e prestações, ditos direitos positivos. O Estado abandonou a posição abstencionista, passando a buscar efetivação de algumas garantias sociais mínimas [...]

O Brasil é, atualmente, um Estado Democrático e Social de Direito. Esta forma estatal surge como pressuposto para a viabilização e efetivação dos direitos da primeira e segunda dimensão. Com isso, passa-se a falar amiúde em políticas públicas.<sup>17</sup>

Dentro do Estado Democrático e Social de Direito brasileiro, a política pública nacional para integração da Pessoa Portadora de Deficiência foi exaltada, no âmbito do Executivo, pelo *Decreto de lei nº 11.133, de 14*

15 JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *Advocacia Pública e Política Pública*. Disponível em: <<http://biblioteca.jfbp.jus.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/41/41>>.

16 FARIAS, Daniel Rocha de. O Neoconstitucionalismo e o suposto protagonismo do poder judiciário na execução de políticas públicas. *Revista da AGU*. Brasília-DF, Ano 16, n.02, p. 105-128, abr./jun., 2017.

17 JÚNIOR, Teófilo Marcelo Aréa de Leão, PUGLIESI, Bruno Cauê Miranda, CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Políticas públicas e interferência judicial: desafios e perspectivas na concessão de medicamentos e tratamento de alto custo. *Revista da AGU*, Brasília-DF, a. 16, n.02, p. 323-352, abr./jun., 2017.

de julho de 2005, que oficializou o *Dia Nacional de Luta da Pessoa com Deficiência* - 21 de setembro, data esta celebrada no Brasil em nível extraoficial desde 1982. Esta data foi criada com o objetivo de conscientizar sobre a importância do desenvolvimento de meios de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade.

Ressalte-se que foi com a publicação do *Decreto n. 3.298/99*, que regulamentou a *Lei Federal n. 7.853/89*, que, primeiramente, dispôs sobre a política nacional de integração. No âmbito legislativo, posteriormente, foi editada a *Lei 13.146*, de 06/07/2015, regulamentada pelo *Decreto n. 9.296*, de 01/03/2018, que instituiu o *Estatuto da Pessoa com Deficiência*.

Ainda no âmbito do Executivo e, agora, dando implementação às Políticas Públicas em favor dos idosos, foram publicados os *Decretos n. 5.130*, de 08/07/2004, e *n. 5.155*, de 23/07/2004, que regulamentaram a *Lei n. 10.741*, de 1º de outubro de 2003, aprovada no campo do Legislativo e que tornou vigente o *Estatuto do Idoso*.

Verifique-se que apesar de o Estatuto ter sido instituído em 1º de Outubro, em 2006 foi criada uma outra lei (*Lei nº 11.433*, de 28 de Dezembro de 2006), transferindo o Dia do Idoso para 1º de outubro. Vale salientar, ainda, que desde 1994, com a *Lei nº 8.842*, o Estado brasileiro já havia inserido a figura do idoso no âmbito da política pública nacional, haja vista que essa lei criava o *Conselho Nacional do Idoso*.

Na seara judicial, duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal demonstram que o Poder Judiciário vem assumindo um importante papel na sustentação das políticas públicas de caráter inclusivo e de índole compensatória traçadas pelo Poder Executivo e Legislativo dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro: a primeira decisão em sede de ação Direta de Inconstitucionalidade (*ADIN 2.477 MC/PR*) em favor da integração do deficiente físico e a segunda decisão, também em sede de *ADIN (3.768 DF)*, em favor do idoso.

Em defesa da proteção e da efetivação da Política Pública de integração das pessoas portadoras de deficiência cuja matéria insere-se na competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (artigo 24, inciso XIV, da Constituição), o Advogado-Geral da União, nos termos do já mencionado artigo 103, § 3º da Constituição Federal, manifestou-se pela improcedência da *ADIN n. 2.477*, com pedido de cautelar, conforme Ementa do Parecer, abaixo transcrito:

Proteção das pessoas portadoras de deficiências. Lei n. 13.132/2001 do Estado do Paraná, que dispõe sobre a reserva de assentos especiais em salas de projeções, teatros, espaços culturais e transporte coletivo para utilização de obesos. Ausência de violação à competência privativa

da União par legislar sobre trânsito e transporte (artigo 22, inciso XI, da Carta). A lei estadual sob invectiva tem por objetivo promover o acesso à cultura e ao transporte por pessoas obesas. Matéria de competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (artigo 24, inciso XIV, da Constituição) Excesso legislativo não configurado na espécie. Observância do princípio da razoabilidade, bem como dos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso II e § 2º e 170 da Constituição Federal. Manifestação pela improcedência do pedido vinculado pelo requerente.<sup>18</sup>

Utilizando-se dos mesmos argumentos desenvolvidos e apresentados pela Advocacia-Geral da União na presente ADIN, frise-se, ainda pendente de julgamento de mérito, decidiram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria e em sessão plenária, sob a presidência do Ministro Marco Aurélio, em cassar a medida liminar anteriormente deferida. Reprise-se trechos da Ementa da decisão, aqui reproduzida:

**EMENTA: AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL – FIXAÇÃO DE PERCENTUAL DE ASSENTOS ESPECIAIS E DE LUGARES RESERVADOS A “PESSOAS OBESAS”- MEDIDA LEGISLATIVA QUE IMPLEMENTA POLÍTICA PÚBLICA DE CARÁTER INCLUSIVO E DE ÍNDOLE COMPENSATÓRIA – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE EMPRESTA REFERÊNCIA AO PRINCÍPIO ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – NECESSIDADE DE ESPECIAL PROTEÇÃO A PESSOAS QUE INTEGRAM OS DENOMINADOS “GRUPOS VULNERÁVEIS”- DECISÃO DO RELATOR ORIGINÁRIO NÃO REFERENDADA – MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.**<sup>19</sup>

Constata-se que no referido Parecer técnico encaminhado pela Advocacia-Geral da União, foi ressaltado, ainda, que desmerece prosperar a tese sustentada de violação ao princípio da razoabilidade tendo em vista o alcance positivo das medidas protetivas, nos seguintes termos, *litteris*:

18 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.477-9 MC/PR, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão j. 25.04.2002, Diário da Justiça da União, 08.05.2002. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1956662>>.

19 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.477-9 MC/PR, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão j. 25.04.2002, Diário da Justiça da União, 08.05.2002. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1956662>>.

[...] Por igual, desmerece prosperar a alegada violação ao princípio da razoabilidade, bem como aos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso II e § 2º e 170 da Constituição Federal, em razão da suposta desproporcionalidade entre as medidas protetivas em exame e a finalidade perseguida pelas normas impugnadas.

[...] Na hipótese em exame, os artigos 1º e 2º da Lei 13.132/2001 determinam a adaptação de 3% (três por cento) dos assentos em salas de projeções, teatros e espaços culturais e 02 (dois) assentos em transportes coletivos para utilização de pessoas obesas. A toda evidência, o quantitativo de assentos especiais previsto pelas disposições hostilizadas não configura excesso de poder legislativo, especialmente se considerados os dados apresentados pela Assembléia Legislativa paranaense, no sentido de que “a obesidade mórbida [...] no Estado do Paraná atinge a porcentagem de mais de 10% (dez por cento) da sua população” (fl. 03 das informações prestadas na presente ação indireta).

*Nesses termos, concebida a proporcionalidade como o liame de adequação entre meios e fins, nota-se que a reserve de 3% (três por cento) dos assentos em salas de projeções, teatros e espaços culturais e de 02 (dois) assentos em transportes coletivos para utilização por obesos coaduna-se, com racionalidade, ao escopo perseguido pelo legislador estadual de promover o acesso à cultura e ao transporte coletivo por tais indivíduos.*

Nesses termos, conclui-se pela constitucionalidade das normas questionadas.<sup>20</sup> (Grifo nosso)

Em realidade, a defesa judicial da Advocacia-Geral da União em favor da efetivação da política pública implementada nesta unidade da Federação (Paraná) de índole compensatória, de caráter eminentemente inclusivo e destinado a tornar possível a execução de atendimento especializado a pessoas que, em razão de suas próprias condições físicas, sofrem de particular dificuldade de adaptação aos modelos padronizados no meio social, demonstrou, inequivocamente, harmonia com o sistema constitucional e ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88).

Da mesma maneira que a Advocacia-Geral da União pregou o postulado da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo,

<sup>20</sup> Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.477-9 MC/PR, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão j. 25.04.2002, Diário da Justiça da União, 08.05.2002. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1956662>>.

verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente, traduzindo, de modo expressivo, um dos fundamentos que se assenta no Estado brasileiro, ressaltou-se a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema constitucional positivo em favor da concretização das políticas públicas e, pontualmente, o direito de solidariedade e fraternidade, ligado à Assistência Social, para se defender a política nacional de amparo ao idoso como valor constitucional.

Nesse ponto específico de proteção e amparo ao idoso, veja-se a defesa da constitucionalidade da norma impugnada em Parecer técnico apresentado pelo Advogado-Geral da União, reproduzida no voto da Ministra Carmen Lúcia, no julgamento da ADIN 3.768 DF, aqui reproduzido, *verbis*:

Em 26 de setembro de 2006, o Advogado-Geral da União, em parecer de fls. 147-164, defendeu a constitucionalidade da norma questionada, pugnando pela improcedência do pedido, “de modo a se declarada a total compatibilidade do artigo 39 da Lei Federal n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, com as disposições da Constituição Federal (fls. 164).

Lembrou ser “pacífico o entendimento [...] segundo o qual se não pode admitir a inconstitucionalidade de uma norma constitucional” (fl. 151), daí a impossibilidade jurídica do pedido da Autora, uma vez que busca o reconhecimento da invalidade da norma do art. 230, § 2º, da Constituição da República, que foi redigido pelo constituinte originário.”

[...]

*Por fim, o Advogado-Geral da União sustentou que “o direito à gratuidade do transporte aos idosos não é benefício da seguridade social e, portanto, não se submete a seu regime jurídico. Ademais, registre-se o fato de o constituinte não ter previsto qualquer espécie de financiamento ou de compensação financeira para a plena aplicação do direito que instituiu, ao contrário do que fez quando cuidou da seguridade social (fl.162).”<sup>21</sup> (Grifo nosso)*

Assim, acatando todos os argumentos do Advogado-Geral da União, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente a Ação Direita de Inconstitucionalidade, nos termos do voto da Ministra Relatora e da Ementa aqui reproduzida:

21 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 3.768-4 DF, Pleno, Rel. Min. Carmen Lúcia j. 19.09.2007, Diário da Justiça da União, 26.10.2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2396731>>.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATO. NORMA LEGAL QUE REFLETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto.

2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.<sup>22</sup>

Note-se, pelo fundamento do Voto proferido pela Ministra Relatora na ADIN 3.768, que o papel da advocacia pública da União foi decisivo para servir de aparato formal à observância do devido processo legal, mas sobretudo para trazer ao debate judicial argumentos técnicos na defesa das medidas integrantes de uma política pública coerente com o sistema jurídico constitucional, notadamente, a compatibilidade do art. 39, *caput*, da Lei n 10.741 (Estatuto do Idoso), que garante a gratuidade dos transportes coletivos públicos aos idosos, com o artigo 230, § 2º CF/88: “Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”.

Se, em verdade, não há um caminho infalível e seguro de revelar a “verdade” das normas jurídicas, essa mesma “verdade” precisa ser construída cotidianamente pelos destinatários das normas jurídicas, argumentativamente. Castilho Prates, citando Cattoni, ensina que como “não há métodos capazes de revelar ou descrever um quadro de verdades objetivas, ahistóricas ou descontextualizadas [...]”, a única coisa permanente na modernidade é o constitucionalismo, já que ele é quem permite a aceitação do outro, da alteridade, em mundos da vida plurais.<sup>23</sup>

22 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 3.768-4 DF, Pleno, Rel. Min. Carmen Lúcia j. 19.09.2007, Diário da Justiça da União, 26.10.2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2396731>>.

23 PRATES, Francisco de Castilho. Identidade constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 542.

Para Bertolini, citando Jorge Miranda, “a garantia da constitucionalidade [...] afere-se perante cada comportamento de órgãos do poder político ou, mediatamente, perante cada relação ou situação da vida subordinada à Constituição; e significa que nesta relação ou situação prevalece a norma constitucional que sobre ela incide.” Assim, segundo a autora, o controle de constitucionalidade surge como meio de garantir a própria supremacia da Constituição que impõe que todo ordenamento jurídico seja interpretado e aplicado à luz da Constituição.<sup>24</sup>

No presente caso específico em que se coloca em xeque o conteúdo das políticas públicas compensatórias em favor dos portadores de deficiência e dos idosos diante da Constituição Federal de 1988, a participação da advocacia pública foi decisiva não somente para dar sustentabilidade formal ao devido processo legal como pela possibilidade de trazer ao debate processual os argumentos técnicos que foram capazes de justificar a medida de política compensatória cuja aplicação foi questionada perante o Poder Judiciário.

#### 4 CONCLUSÃO

De todo o exposto, constatou-se que a Advocacia-Geral da União vem cumprindo seu papel institucional e independente na realização do “bom Direito” e na defesa da aplicação das Políticas Públicas, notadamente, após a Constituição Federal de 1988.

Ainda, verificou-se que a Advocacia-Geral da União vem exercendo com relevância sua função constitucional na proteção do interesse público primário e das políticas públicas compensatórias perante o Supremo Tribunal Federal, permitindo o reconhecimento de direitos aos grupos tradicionalmente vulneráveis (portadores de deficiência e idosos).

#### REFERÊNCIAS

BELANDI, Victor César. Advocacia de Estado ou de Governo? Reflexões sobre a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente acometidos à administração do Estado. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano. 14, n.03, p. 231-260, jul./set., 2015.

BERTOLINI, Lia Beatriz Carvalho. Jurisdição constitucional como garantia para a proteção dos direitos fundamentais: uma análise comparada para modelos

---

24 BERTOLINI, Lia Beatriz Carvalho. Jurisdição constitucional como garantia para a proteção dos direitos fundamentais: uma análise comparada para modelos de controle de constitucionalidade. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília-DF, a. 09, n.01, p. 47-66, jan./mar., 2017.

de controle de constitucionalidade. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília-DF, ano 09, n.01, p. 47-66, jan./mar., 2017.

FARIAS, Daniel Rocha de. O Neoconstitucionalismo e o suposto protagonismo do poder judiciário na execução de políticas públicas. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano. 16, n.02, p. 105-128, abr./jun., 2017.

JÚNIOR, Teófilo Marcelo Aréa de Leão; PUGLIESI, Bruno Cauê Miranda; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Políticas públicas e interferência judicial: desafios e perspectivas na concessão de medicamentos e tratamento de alto custo. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano. 16, n.02, p. 323/352, abr./jun. 2017.

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *Advocacia Pública e Política Pública*. Disponível em: <<http://biblioteca.jfbp.jus.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/41/41>>.

MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: jusPODIVM, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v.29, n. 116, p. 72-102, out/dez de 1992.

PRATES, Francisco de Castilho. Identidade constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

QUEIROZ, Roosevelt Brasil. *Formaçãp e gestão de políticas públicas*. 3. ed. Curitiba: XIBPEX, 2011,

RAMOS, William Junqueira. *A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

---

# OS TRINTA ANOS DA CARTA FUNDAMENTAL E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS, DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

---

## *THE THIRTY YEARS OF THE FUNDAMENTAL CHARTER AND THE EVOLUTION OF POLITICAL RIGHTS, HUMAN RIGHTS AND SOCIAL RIGHTS IN BRAZIL*

*Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Anna*

*Procurador Federal, Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal  
Fluminense, Professor da Universidade Cândido Mendes, Membro do Instituto dos  
Advogados Brasileiros ( IAB ) e do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública ( IBAP )  
e Conselheiro da Seccional da OAB – Rio de Janeiro.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Influência Histórica e Política que Propiciou a Inclusão dos Avanços da Carta Fundamental de 1988; 2 Momento Histórico e Político que vem Influenciando os Direitos Políticos, Humanos e Sociais ao Longo Destes Trinta Anos; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo acadêmico tem como objetivo abordar a análise histórica da previsão dos Direitos Políticos, Direitos Humanos e Direitos Sociais, em conexão com outras temáticas da Carta Fundamental, nestes trinta anos da promulgação da Carta Política.

Os avanços e retrocessos destes temas na esfera constitucional e infraconstitucional tem ocorrido com base em interesses de grupos que tem maior correlação de forças em determinados períodos de hegemonia, sendo que a situação concreta para a grande maioria do povo brasileiro encontra-se muito longe de refletir uma situação igualitária, digna e justa enquanto ideal de cidadania política e de avanços garantistas.

Algumas questões enfrentadas são a da efetividade do Poder Público, a análise do processo histórico e a necessidade de o cidadão ter uma participação mais ampla e direta, com base nos instrumentos de democracia participativa previstos na Carta Política de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Direitos Fundamentais. Políticas Públicas

**ABSTRACT:** This academic article aims to address the historical analysis of the prediction of Political Rights, Human Rights and Social Rights, in connection with other themes of the Fundamental Charter, in these thirty years of the promulgation of the Political Charter.

The advances and setbacks of these issues in the constitutional and infraconstitutional sphere have occurred on the basis of interests of groups that have a greater correlation of forces in certain periods of hegemony, and the concrete situation for the great majority of the Brazilian people is far from reflecting an egalitarian, dignified and just situation as an ideal of political citizenship and guarantees.

Some issues faced are the effectiveness of the Public Power, the analysis of the historical process and the need for the citizen to have a broader and direct participation, based on the instruments of participatory democracy foreseen in the Political Charter of 1988.

**KEYWORDS:** Democracy. Fundamental Rights. Public Policies

## INTRODUÇÃO

Por ocasião do trigésimo aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil, uma das temáticas que merece reflexão é a que contempla a previsão, a evolução, os retrocessos e os desafios futuros dos Direitos Políticos, dos Direitos Humanos e dos Direitos Sociais, bem como a sua abrangência junto aos segmentos da sociedade que dependem de sua efetividade, principalmente no que se relaciona às políticas públicas desenvolvidas pelos poderes constituídos dos entes federativos.

A Carta Fundamental apresenta uma relação sistêmica em sua totalidade sobre o tema, com destaque para a conexão entre Títulos e Capítulos que abrangem os Princípios Fundamentais, os Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, os Direitos Sociais e a Ordem Social.

O compromisso programático com os direitos humanos, o elenco de direitos individuais e coletivos e a definição constitucional dos direitos sociais não somente propicia a elevação da temática na sua amplitude política e jurídico-institucional, bem como avança na definição do Estado Democrático de Direito, ao incluir todos os cidadãos indistintamente, no elenco de direitos e garantias definidos pelo legislador constituinte originário.

Muito mais dos que uma mera previsão jurídico-normativa, o elenco de Direitos previstos no texto fundamental aprofunda, na concepção do papel do Estado, os chamados direitos de segunda, terceira e quarta dimensão, na medida em que efetiva o avanço do Estado Democrático de Direito Contemporâneo.

Conforme sustenta o mestre José Afonso da Silva ( SILVA, 1998, p. 441-442 )

A normatividade constitucional dos direitos sociais principiou na Constituição de 1934. Inicialmente se tratava de normatividade essencialmente programática. A tendência é a de conferir a ela maior eficácia. E nessa configuração crescente da eficácia e da aplicabilidade das normas reconhecedoras de direitos sociais é que se manifesta a sua principal garantia.

Entretanto, ao mesmo tempo em que a previsão e a ampliação destes direitos na esfera constitucional deve ser festejada e merece destaque, urge uma reflexão crítica dialética dos avanços e recentes retrocessos, até porque continua a existir um enorme déficit social que preocupa a todos, em especial ao que é pertinente aos segmentos sociais menos favorecidos e dependentes das políticas públicas.

O presente artigo acadêmico tem a pretensão de analisar a relação dialética entre a previsão constitucional dos direitos políticos, humanos

e sociais, as bases que propiciaram sua evolução ao longo de quase três décadas da promulgação do Texto Fundamental, e seus retrocessos nos últimos dois anos, de forma a possibilitar uma análise crítica sobre o tema.

## **1 INFLUÊNCIA HISTÓRICA E POLÍTICA QUE PROPICIOU A INCLUSÃO DOS AVANÇOS DA CARTA FUNDAMENTAL DE 1988**

O enorme déficit democrático provocado pelos vinte e um anos ( 1964 – 1985 ) de regime militar possibilitou diversas distorções junto à sociedade, destacando-se o enorme déficit democrático, um profundo abismo social e a construção de obras faraônicas que contribuíram para a maior dívida externa do planeta.

A falta de discussão com os segmentos organizados da sociedade, aliado à falta de tradição em planejamento e execução de políticas públicas, traduziam uma condução de governo de forma tecnocrática e sem participação da população.

Além disto, a ausência da alternância democrática provocada pela falta de eleições permanentes e em todos os níveis, aliada à repressão, tortura e censura, dificultava, de forma efetiva, o acesso do cidadão ao aparelho estatal e à decisão política

Os últimos anos anteriores ao fim do regime militar já registravam um processo de intensa mobilização popular pelo restabelecimento da democracia plena, a partir de uma estratégia de luta que abrangeu a anistia; a volta do exílio das lideranças dos movimentos populares que haviam sido cassadas; a luta pelas Diretas Já, a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte para mudar a Carta Política e defesa das eleições diretas em todos os níveis com o fim de senadores biônicos e da indicação de Chefes do Poder Executivo de forma indireta por um Colégio Eleitoral.

A fase de transição política que caracterizou o período entre o final das ditaduras militares para o regime democrático continha enormes demandas que se constituem, ainda, em abismo e desequilíbrio social para grande parte da população.

Durante o processo de elaboração da Constituição Federal, na Assembléia Nacional Constituinte, o tema relativo aos Direitos e Garantias Fundamentais foi muito debatido e entendeu-se pela importância de sua inclusão e priorização enquanto políticas públicas governamentais.

No plano externo, um dos principais fatores para a compreensão da preocupação social manifestada na Carta Magna foi a influência originária da tradição bipolar da concepção entre o mundo capitalista, liderada pelos Estados Unidos, e o mundo socialista, liderado pela extinta União Soviética.

A necessidade de ampliação dos Direitos Sociais e Políticos foi fruto desta dicotomia e da fragmentação então vigente, que se traduziu um avanço nas questões de interesse da sociedade e no reflexo da mobilização popular que, por intermédio de Emendas Populares Avulsas, permitiu à sociedade o envio de várias propostas, subscritas por milhares de cidadãos nas praças públicas, relacionadas a estes temas.

A preocupação com as questões sociais e o resgate das Garantias Fundamentais do Estado Democrático, além da pressão popular, propiciou que Parlamentares Constituintes pudessem discutir a temática e incluí-la na Carta Fundamental, consagrando temas como eleições em todos os níveis, democracia participativa, previsão de direitos sociais, dentre outros temas.

Temas que envolvem demandas complexas de políticas públicas, direitos do cidadão e dever do Estado foram incluídos, destacando-se os direitos individuais e coletivos, o respeito à dignidade da pessoa humana, direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, que, inclusive, merecem ser definidos como política de Estado e não política de Governo, tal o grau e dimensão de sua abrangência e intensidade.

Claro está para o governo e para a sociedade, a necessidade de priorização de um Direito Social como a Educação, em que se criou uma conexão com o Capítulo sobre o tema no Título DA ORDEM SOCIAL.

É realmente importante que a Carta Política tenha definido responsabilidades e competências das esferas públicas de governo - a municipal, a estadual e a federal -, inclusive percentual de investimento, posteriormente convalidado na legislação infra-constitucional, em especial a Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Não menos importante é o tema Saúde, em que a Carta Fundamental abraçou o tema de forma definitiva, ao estabelecer o Sistema que delimita as atribuições e a competência dos entes político-administrativos, além da participação popular sob a forma de Conselho. A previsão do Sistema Único de Saúde, posteriormente disciplinada na legislação infraconstitucional pertinente, foi um dos grandes avanços da cidadania, ao propiciar um sistema democratizado e participativo.

Embora a previsão constitucional e infraconstitucional deste tema esteja bem definida sob o aspecto do direito positivo, percebe-se que existe um longo caminho para a sua plena efetivação, até porque a rede do Sistema Único de Saúde não está organizada na esmagadora maioria dos Municípios, o que dificulta a plena cidadania. A previsão constitucional da Saúde, festejada como avanço significativo dos Direitos Sociais, está longe de atender à base principiológica preceituada na Constituição da República.

Impende ressaltar que a Carta Magna de 1988 se consolidou como uma resposta democrática à Carta Política de 1967 e à Emenda Constitucional nº 01/1969, com o claro objetivo de ampliar a cidadania e os direitos humanos e sociais, em contrapartida ao arbítrio, à censura e à repressão política.

No que é pertinente à inclusão do “ trabalho ” como Direito Social Constitucional, trata-se de uma previsão que ressalta a preocupação com o fator trabalho no conflito com o capital, o que ressalta o enorme elenco de proteção ao direito dos trabalhadores, consolidado no artigo 7º da Carta Política.

Embora já sendo objeto de críticas de setores do empresariado e do setor produtivo, de uma forma geral, o elenco de direitos trabalhistas visava refletir regras de proteção aos trabalhadores que permitiam um equilíbrio maior na relação entre estes segmentos.

A definição do fator trabalho como integrante dos Direitos Sociais acaba sendo um fator de estabilidade nas relações sociais e de proteção da classe trabalhadora, principalmente na definição das políticas sociais de emprego, objetivando a diminuição da informalidade, do subemprego e do desemprego.

Para o Professor André Tavares “ Os Direitos Sociais, como Direitos de segunda dimensão, convém lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante na implementação da igualdade social dos hipossuficientes.” ( TAVARES, p. 555 ).

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, resgatou a moradia como previsão constitucional adicionada ao artigo 6º da Carta Fundamental, retratando a sensibilidade do legislador derivado com sua amplitude.

O *deficit* histórico pertinente à dificuldade de acesso das camadas populares à moradia e habitação retrata uma necessidade que deveria ter sido prevista no caput do texto aprovado pela Assembléia Nacional Constituinte e que corresponde a uma dura realidade do liberalismo e dos valores de consumo adotados pela sociedade.

Outro ponto importante, a saber o respeito à dignidade da pessoa humana se consolidou como resgate do equilíbrio na relação do cidadão com os poderes públicos constituídos, em contra-partida ao período do regime militar que caracterizou-se como um período de tortura, perseguição política, censura e repressão consolidada em textos normativos.

O fator segurança tem obtido maior relevância em decorrência do aumento dos índices de violência. A dificuldade de efetivação, pelos poderes constituídos, em assegurar a proteção à população, aliada a uma ausência do Poder Público em várias áreas sociais, demonstra que o tema é

de grande complexidade, se não houver o compromisso da Administração Pública e a efetivação das políticas sociais.

Registra-se que a atuação da polícia, como instituição do Estado, não tem sido compatível com o seu papel ou mesmo na sua atribuição constitucional, face ao seu caráter ainda nitidamente repressivo.

O tema previdência social envolve a necessidade de assegurar a inclusão da população em programas sociais para os seus segmentos mais necessitados. Existe uma conexão com o Capítulo que versa sobre o tema e está incorporado ao Título dos Direitos Sociais, de forma articulada e ampla.

Relevante legislação infraconstitucional foi aprovada com o objetivo de melhor regulamentar a matéria, o denominado Estatuto da Criança e Adolescente ( ECA ), que propiciou diversos avanços e várias polêmicas nestes dezoito anos de sua aprovação.

Em que pese o posicionamento de setores que defendem modificações para um maior rigor pelo Estatuto, o problema da penalização, redução da maioria penal e da privação da liberdade acabam se caracterizando como medidas paliativas e que não resolverão qualquer problema social, inclusive pelo nível do sistema penitenciário neste país.

Na compreensão do grande jurista do Direito Constitucional, Professor Paulo

Bonavides, “ O Estado Social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não

há para tanto outro caminho senão o de se reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributiva, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.” ( BONAVIDES, 2002, p. 343 )

## **2 MOMENTO HISTÓRICO E POLÍTICO QUE VEM INFLUENCIANDO OS DIREITOS POLÍTICOS, HUMANOS E SOCIAIS AO LONGO DESTES TRINTA ANOS**

A Carta Política de 1988 simbolizou o novo momento de consolidação democrática e o fim do período de vinte e uma anos da ditadura militar, instituindo o Estado Democrático de Direito e a preocupação com a previsão e ampliação dos Direitos e Liberdades Fundamentais, através da definição do então Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Federal Ulysses Guimarães como “ Constituição - Cidadã ”.

Aguardava-se, com grande expectativa popular, que a conclusão dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte e o eventual retorno

ao período de normalidade democrática, com destaque para as eleições diretas para Presidente da República, pudesse simbolizar um compromisso maior do Poder Público com os direitos sociais e a priorização das políticas públicas com a aplicação de recursos destinados do orçamento, bem como entrosamento entre os entes federativos.

Esta nova realidade do mundo contemporâneo se caracterizou, simbolicamente, no plano internacional, pela queda do Muro de Berlim em 1989 e o eventual fim da Guerra Fria, e, no contexto latino-americano, pelo encerramento do ciclo das ditaduras e dos Estados Autoritários liderados por governos militares, em meados da década de oitenta, após cerca de duas décadas caracterizadas pelo regime de exceção.

A ascensão do neoliberalismo, através das diretrizes do Consenso de Washington, acabou tendo reflexos na Constituição Federal de 1988, principalmente em relação aos direitos sociais, pois o Estado priorizou medidas para diminuir a sua intervenção e o seu tamanho, em conjunto com o controle inflacionário, aumento de juros e outras medidas que provocaram desemprego e diminuição de investimentos em áreas sociais. A concepção econômica utilizada pelos governos, neste período de redemocratização, para implementar estratégias para o desenvolvimento nacional foi construída com base na economia de mercado, associado à modernização das relações do Estado com a sociedade, no aumento da competitividade na busca por novos mercados e através da inserção estratégica no comércio internacional e na defesa de Reformas na estrutura econômica.

A análise do processo de globalização é consequência direta de uma nova mentalidade voltada para o desenvolvimento tecnológico, das comunicações e da livre- circulação de capitais, bens e serviços. A competitividade deixa de ser restrita ao mercado interno, para possibilitar investimentos mais vantajosos e diversificados para os países e, em especial, para as empresas.

Esta atual concepção filosófica e estrutural do capitalismo, o chamado neoliberalismo, tem como estratégia a articulação de vários países que direcionam o seu planejamento e as suas políticas de orientação e conteúdo econômico para a formação de blocos integrados por países vizinhos, tendo, ainda, como principal objetivo dinamizar e intensificar a sua atividade industrial propiciando a abertura de mercado consumidor, facilitando, bem assim, as exportações e os acordos comerciais.

É inequívoco que houve uma grande modificação da atividade tradicional de comércio bilateral entre países, na medida em que o volume de mercadorias e de valores negociados de bloco para bloco é muito maior e mais vantajoso, interna e externamente.

O neoliberalismo, desta forma, pressupõe uma redução do tamanho e da intervenção do Estado na economia, para a defesa da concepção do Estado mínimo. A tendência que se observa nos países desenvolvidos e nos países em desenvolvimento, como consequência desta filosofia hegemônica, é a do processo permanente de desestatização, com a privatização ou deslocamento, através de concessão, permissão e autorização, por longo prazo, de várias atividades, principalmente de conteúdo econômico anteriormente desempenhadas pelo Estado.

Ao mesmo tempo em que o neoliberalismo está se consolidando através do avanço científico e da revolução tecnológica, os governos não priorizaram soluções de curto prazo para diversos problemas de enorme complexidade que tem desafiado o papel do Estado neste final de século.

Estes questionamentos tem contornos de cunho econômico e social, como a crise do emprego e suas consequências, destacando-se o subemprego, a miséria absoluta e a violência; o poder paralelo do narcotráfico e outros grupos organizados, em decorrência da omissão do Estado e o compromisso com os direitos difusos, dentre eles o meio-ambiente, consumidor, saúde pública, educação e políticas sanitárias.

A grande contradição que se estabelece entre os governantes e a população no Brasil é a de como estabelecer o crescimento dos indicadores econômicos aliado a um desenvolvimento social, com a melhoria da qualidade de vida e uma justa distribuição de renda.

A concepção do Estado Democrático de Direito pressupõe o respeito aos direitos humanos, direitos sociais e os direitos fundamentais do cidadão, que foram objeto de duas décadas de conflito, notadamente, do final dos anos sessenta até o final dos anos oitenta, quando as ditaduras cercearam, através da força, o exercício pleno destes direitos.

Os reflexos maiores se traduziram em mudanças na Constituição, sendo que através de Emendas ao texto fundamental, abriram-se para a iniciativa privada, diversos setores que eram públicos, como o monopólio do petróleo, gás canalizado e navegação de cabotagem.

A enorme abertura às importações estabelecidas no governo Fernando Collor, iniciado em 1990 e interrompido pelo seu impedimento em 1992, após Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar denúncias de corrupção em seu governo, foi mantida, de certa forma, pelo então Vice-presidente Itamar Franco, que ocupou a Presidência até o fim do mandato, em 1994, sendo que no seu governo foi privatizada a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN).

Com a desestatização de inúmeras Empresas estatais e com a política econômica implementada com base no Plano Real, iniciado no governo Itamar Franco, o governo Fernando Henrique Cardoso aprofundou o

modelo neoliberal, com a priorização da pauta econômica e o direcionamento das políticas de Estado para questões de interesse do empresariado e do setor produtivo.

A falta de investimento nas questões sociais durante os dois mandatos do Presidente Fernando Henrique Cardoso ( 1995-1998/ 1999-2002 ) proporcionou inúmeras dificuldades para a população brasileira, principalmente pela falta de investimento em políticas pública, recursos humanos e em planejamento estratégico.

Em áreas vitais como educação, saúde, moradia, previdência social, entre outras áreas sociais, caracterizou-se o sucateamento provocado pela falta de prioridade na aplicação de investimentos públicos.

Na educação, conviveu-se com números que retratam uma enorme crise na área de ensino, da ciência e tecnologia, o que dificulta o desenvolvimento econômico do país, inclusive em setores que demandam serviços especializados e mão-de-obra qualificada.

Quanto à saúde, a enorme crise nesta área envolve a falta de investimento em pessoal, o abandono nos hospitais, aliados a uma tradição de falta de investimento em saneamento e na consolidação do Sistema Único de Saúde.

Outro grande problema é o enorme déficit de moradia que se acumulou ao longo das últimas décadas. As políticas habitacionais desenvolvidas neste País nunca conseguiram, efetivamente, proporcionar uma o acesso da população mais necessitada rumo ao direito de propriedade, não obstante os avanços no período 2003 a 2016.

Setores como previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados foram prejudicados pela falta de políticas públicas e a diminuição de recursos, por meio da desobrigação do Poder Público.

Somente com a mudança política, em 2003, com a posse do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, os indicadores começaram, ainda de forma lenta, a melhorar, na medida em que algumas políticas sociais de redistribuição de renda foram aperfeiçoadas e ampliadas.

As políticas públicas na área social se ampliaram um pouco e permitiram que algumas parcerias fossem implementadas entre a União, os Estados-Membros e os Municípios, permitindo uma inclusão social maior, já que vários indicadores têm apontado para uma melhora da migração da classe E para as classes C e D.

O período que compreende os dois mandatos de Lula da Silva ( 2003-2006 e 2007-2010 ), juntamente com o primeiro mandato de Dilma Rousseff ( 2011-2014 ), houve ampliação do nível de emprego, indicadores de aumento de renda e diminuição da fome, baseado em Programas Sociais

com reconhecimento internacional, onde verifica-se que a situação das famílias melhorou naquele período, muito embora ainda se encontrem reflexos da enorme dívida social que existe neste País em relação às décadas anteriores. Infelizmente, os avanços foram interrompidos pelos efeitos da crise econômica internacional no plano interno dificultando o segundo mandato de Dilma Rousseff, que iniciou-se em 2015 e foi interrompido em 2016 por um *impeachment*, fruto de uma pressão política que envolveu o principal partido da oposição, PSDB, que se aliou ao partido de sustentação do governo, MDB, possibilitando a ascensão de Michel Temer, então Vice-Presidente.

O seu governo, abalado por seguidos escândalos de corrupção, tem sido de matriz neoliberal, tendo aprovado medidas no plano constitucional e infraconstitucional de redução dos Direitos Fundamentais, tais como redução com limitação de gastos sociais, reforma trabalhista, tentativa de reforma previdenciária, além de políticas públicas que reduziram o alcance para a população em direitos sociais como moradia, proteção aos indígenas e quilombolas, direitos humanos, dentre outras áreas.

Os dois últimos anos vem sendo de retrocesso nas políticas públicas com graves conseqüências para a população, principalmente os segmentos que mais necessitam do investimento do Poder Público.

### 3 CONCLUSÃO

Em síntese, as conclusões do presente artigo apontam para uma situação preocupante para a sociedade brasileira, em decorrência da falta de continuidade na aplicação das políticas públicas.

Neste contexto, o papel do Poder Público é fundamental para consolidar um momento de desenvolvimento econômico permanente, aliado à melhoria dos indicadores sociais do País, o que caracterizaria um Desenvolvimento incluyente, sustentável e distributivo.

Na análise do problema, verifica-se que é fundamental o avanço e evolução do federalismo clássico para o federalismo cooperativo, no qual União, Estados e Municípios poderão trabalhar de forma integrada na busca do bem comum.

A falta de tradição em planejamento, aliada aos índices inflacionários que caracterizaram a economia durante décadas, também contribuiu de forma efetiva para que os índices tenham se mantido de forma tão alta, principalmente pela falta de compromisso de certos governantes e da elite econômica deste País.

A inclusão dos Direitos e Garantias Fundamentais reflete um enorme avanço da sociedade e um compromisso maior do Poder Público

com a aplicação dessas políticas, não obstante a matriz constitucional, e mesmo a infraconstitucional, por si só não se constituam no seu estágio mais importante, uma vez que o compromisso dos governantes com a efetividade destas políticas e a participação dos cidadãos sejam fundamentais para alcançar os níveis de excelência de que o País necessita.

Muito se avançou na consolidação legiferante, mas não se pode alimentar a ilusão de que esta previsão é o bastante para suprir as lacunas existentes.

Neste contexto, importante frisar que o papel do Poder Público assume fundamental importância, até mesmo pela falta de continuidade na previsão de políticas e recursos públicos, por parte do administrador público, praticando política de Governo a invés de Política de Estado.

Por sua vez, o neoliberalismo tem implicado na falta de compromisso com a efetivação destas políticas, através da diminuição de recursos na receita orçamentária e falta de planejamento, o que gera problemas como sucateamento do material e infra-estrutura, além da falta de políticas estratégicas de recursos humanos, favorecendo o desestímulo do servidor público, estimulando, dessa forma, a precarização das relações de trabalho e a terceirização de determinadas atividades, conforme demonstrado em alguns governos do período democrático.

Neste milênio, verificou-se, todavia, que é possível um maior comprometimento da administração pública, de uma maneira geral, com a aplicação de maior soma de recursos públicos em investimentos sociais, embora o déficit em prejuízo da população seja tão significativo e já tão duradouro, que as questões daí decorrentes ainda são graves.

Constata-se a falta de tradição do País com políticas públicas de saúde pública pertinente ao saneamento básico e ao planejamento preventivo. É inegável que a concepção de saúde neste país, está muito mais voltada à idéia de doença, do que uma idéia educativa, profilática e conscientizadora.

Para não ficar dependendo da boa vontade dos governantes, os instrumentos de democracia participativa na Carta Fundamental propiciaram a previsão e criação de inúmeros Conselhos, que têm a participação dos segmentos organizados da sociedade e dos profissionais do setor.

A conscientização e a participação ativa da população são elementos fundamentais para qualificar e democratizar a atividade pública e firmar o compromisso, não somente de governo, mas também de Estado, com as políticas pertinentes aos Direitos Sociais.

Um aspecto fundamental, neste contexto, é o do resgate filosófico do papel do Estado Intervencionista, para que o País possa ter papel de indução, planejamento e formulação das diversas políticas públicas que

possam retomar o desenvolvimento e implicar redistribuição de renda e melhoria dos indicadores sociais.

Entretanto, concluo o presente trabalho ao levantar algumas preocupações e ponderações sobre o tema, tais como a necessidade de participação e compromisso do Poder Público; o aprofundamento sobre a previsão e aplicação, sem contingenciamento, dos recursos públicos definidos como prioridade na previsão execução orçamentária; o atendimento da população necessitada, servidores públicos atuando de forma articulada e oferecendo serviços públicos de qualidade; o aperfeiçoamento do aparelho estatal; a aprovação de legislação mais moderna; e o intercâmbio, inclusive no âmbito de processos de integração como o Mercosul, Unasul e Celac, que levaram o país a ser reconhecido como liderança regional, com novas estratégias de ação do Poder Público.

Urge, também, que sejam aprofundados e estimulados os instrumentos de democracia participativa para que a população brasileira se transforme num agente ativo do processo de transformações sociais, através do processo decisório das matérias do seu interesse direto, destacando-se o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular legislativa e a participação em Conselhos.

Na medida em que o projeto neoliberal proporcionou um isolamento das entidades do movimento popular organizado, os sindicatos, organizações não governamentais, movimentos associativos, entre outros grupos organizados deverão buscar alternativas para uma atuação de defesa da cidadania plena e dos direitos difusos.

O fim do regime militar foi marcado pelo restabelecimento dos princípios democráticos. Neste contexto, a sociedade, através de suas organizações, criou uma frente política de resistência e de luta em defesa do processo de consolidação da democracia no Brasil.

A jovem democracia brasileira, ao atingir o seu trigésimo terceiro aniversário, se vê ameaçada de retrocessos políticos e do papel do Estado, com propostas como redução da maioria penal, pena de morte, redução de políticas públicas, falta de ações contra violência à mulher, discriminação sexual, tolerância religiosa, negros, quilombolas, índios, dentre outros grupos.

Com o avanço do capital financeiro e do próprio déficit das contas públicas, o grau de dependência dos países em desenvolvimento às políticas recessivas determinadas pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial, cada vez comprometeu o governo com medidas que implicaram em cortes em programas sociais.

Concluo o presente trabalho, realçando a contradição existente no fato da Constituição prever vários instrumentos de democracia participativa, que inclusive estão regulamentados pela legislação infraconstitucional, e

a não utilização desses instrumentos que simbolizam a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Questões vitais como o avanço do processo democrático no Brasil, passa pelo fortalecimento dos direitos humanos, dos direitos políticos e dos direitos sociais, seja pelo compromisso do Estado na condução das políticas públicas, seja no processo de conscientização e participação da sociedade no processo de politização e conscientização política, objetivando o exercício da cidadania plena e a participação popular.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 05 de outubro de 1988 / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 24. ed. São Paulo: Saraiva.

DINIZ, ELI. *Crise, a Reforma do Estado e governabilidade*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. *Globalização, Mercosul e Crise do Estado-Nação: perspectivas para o direito numa sociedade em mudanças*. São Paulo, Ltr, 1997.

GLOBALIZAÇÃO e REGIONALIZAÇÃO Hegemonia e Contra-hegemonia (v. 1, 2 e 3). Coordenação Theotônio dos Santos Editora PUC-Rio.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política: legislativa, administrativa, judicial: ( fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar.

RAMALHO, José Ricardo et. all. *Pós-Neoliberalismo: As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. Organização de Emir Sader; Pablo Gentili. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza et. all. *A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios para o Século XXI*.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. Saraiva, 2017.

---

**ENTRE A VANGUARDA E O DESENCANTO:  
REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO STF  
E O PAPEL DA AGU NO HORIZONTE DA  
DEMOCRACIA BRASILEIRA**

---

***BETWEEN VANGUARD AND DESENCHANTMENT:  
CONSIDERATIONS ABOUT BRAZILIAN SUPREME COURT AND  
THE ATTORNEY'S GENERAL OFFICE ROLE ON THE HORIZON  
OF BRASILIAN DEMOCRACY***

*Silvia Follain de Figueiredo Lins  
Mestre em Direito Constitucional (PUC-Rio)  
Advogada da União – Procuradoria-Regional da União da 2ª Região*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O STF como vanguarda iluminista: o entusiasmo inicial com o papel transformador do direito; 2 O STF como retrato de uma democracia em desencanto; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo pretende abordar o papel da Jurisdição Constitucional diante dos compromissos assumidos na Constituição Federal de 1988 com destaque para o protagonismo conquistado pelo Supremo Tribunal Federal no cenário institucional brasileiro dos últimos anos e as críticas mais severas que seu desempenho tem recebido recentemente. No decorrer deste trabalho, pretende-se discutir alguns dos diversos vieses relacionados à intervenção incisiva do STF na dinâmica de poder do país, destacando como a Advocacia-Geral da União atravessa este processo, que passa do entusiasmo inicial com as perspectivas de garantia de efetivação, pelo Judiciário, de direitos fundamentais - cuja concretização vinha sendo deixada à margem pelo Executivo e pelo Legislativo - para chegar no atual estágio do debate, onde é preciso discutir os limites do poder de um órgão que trafega livremente entre o político e o jurídico sem demonstrar maiores preocupações com aprofundamento democrático de sua atuação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremo Tribunal Federal. Jurisdição Constitucional. Advocacia-Geral da União. Valores democráticos.

**ABSTRACT:** The present article intends to address the role of the Constitutional Jurisdiction in face of the commitments assumed by the Federal Constitution of 1988, highlighting the role played by the Federal Supreme Court in the Brazilian institutional scenario of recent years and for the more severe criticisms that its performance has recently received. In the course of this work, it is intended to discuss some of the various biases related to the STF's incisive intervention in the country's power dynamics, highlighting how the Attorney's General Office is going through this process, which goes from the initial enthusiasm with the prospects of guaranteeing effectiveness by the Judiciary, of fundamental rights - whose implementation was being left to the margins by the Executive and the Legislative - to reach the current stage of the debate, in which it is necessary to discuss the limits of the power of a body that travels freely between the political and the legal without showing greater concern with the democratic deepening of its performance.

**KEYWORDS:** Brazilian Supreme Court. Judicial Review. Attorney's General Office. Democratic Values.

## INTRODUÇÃO

A importância assumida pelo Poder Judiciário como ator político tem suscitado uma série de estudos acadêmicos, muitos deles dedicados a entender o protagonismo do Supremo Tribunal Federal no cenário institucional brasileiro contemporâneo<sup>1</sup>. Afinal, onde reside sua legitimidade para interferir tão incisivamente na realidade política? Como avaliar sua atuação? É ativista ou acovardado? Tirano ou garantidor da democracia? Técnico ou político? Dono da última palavra ou interlocutor de diálogos institucionais? Vanguarda iluminista ou retrato de uma democracia em desencanto?

Ao longo destes 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988, este Poder parece ter lançado mão do seu instrumental jurídico, mas também de estratégias políticas - que ora se revelam ora se ocultam em meio às práticas institucionais e ao *modus operandi* de seus julgamentos - para calibrar seu grau de intervenção nos acontecimentos mais relevantes que permearam o cenário político desde a redemocratização.

A Advocacia-Geral da União, como não poderia deixar de ser, dada a importância de suas funções constitucionais, desempenhou papel fundamental nesta trajetória e, agora, precisa enfrentar os desafios lançados no delicado cenário em que a classe política aparece fortemente desacreditada pelo envolvimento em escândalos de corrupção e a atuação da jurisdição constitucional demanda novas e profundas reflexões.

### 1 O STF COMO VANGUARDA ILUMINISTA<sup>2</sup>: O ENTUSIASMO INICIAL COM O PAPEL TRANSFORMADOR DO DIREITO

Depois do longo período de vigência da ditadura civil-militar no Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 representou um marco na institucionalidade brasileira. Nas palavras de José Rodrigo Rodriguez (2013), ela representou “uma possibilidade real de mudança no padrão de institucionalização que vigorou em nosso país por pelo menos um século.” Seu processo de elaboração contou com intensa participação da sociedade civil e seu texto, amplo em garantias sociais, teve papel fundamental na construção do modelo de legalidade adotado no período de redemocratização.

1 Para um panorama das diversas chaves interpretativas que buscam explicar a transformação do Supremo de coadjuvante em protagonista, ver ARGUELLES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criador e/ou Criatura: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, v. 12, maio/ago. 2016.

2 Esta expressão foi utilizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso para qualificar a atuação do tribunal em diversas situações, dentre elas, proferindo palestra no II Congresso de Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política e em conferência na New York University no dia 04.12.2015.

Esta perspectiva de renovação permeou também o debate do constitucionalismo latino-americano contemporâneo<sup>3</sup>, já que as recentes Constituições promulgadas, como a da Bolívia e a do Equador, foram vistas como como instrumentos de superação de paradigmas e avanços no sentido da descolonização e da implementação do pluralismo jurídico. Muitos autores passaram a falar em um novo constitucionalismo latino-americano, que não seria reprodução do neoconstitucionalismo europeu, focado na discussão sobre princípios e regras (BALDI, 2015). Este novo constitucionalismo seria marcado por constituições que, além de preverem uma grande extensão de direitos, buscaram promover uma nova institucionalidade, incorporando setores marginalizados da população e criando mecanismos de democracia participativa.

Entretanto, ao preverem um amplo rol de direitos e garantias universais, estas novas constituições incorporaram um olhar para o futuro, mas afeito ao discurso político do que ao jurídico ao seu texto (VILLEGAS, 2015). Esta ambivalência entre o jurídico e o político potencializou as tensões institucionais entre as maiorias políticas e os órgãos judiciais, particularmente, entre os órgãos de representação democrática encarregados de implementar políticas públicas e os juízes responsáveis por proteger os direitos sociais consagrados no texto constitucional<sup>4</sup>.

Não é difícil concluir que a Advocacia-Geral da União, na vertente contenciosa de sua atuação, se viu bem no centro destas mencionadas tensões institucionais, uma vez que o Poder Executivo se tornou alvo de inúmeras demandas judiciais com o objetivo de dar cumprimento aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

O caso da ADPF nº347 ilustra bem esta etapa do funcionamento do STF na vida institucional brasileira e o desempenho da AGU merece ser assinalado. Nesta demanda, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, inspirado por decisão proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, pedia que fosse declarado o estado de coisas inconstitucional do sistema

3 Países como Brasil, Argentina, Colômbia, Costa Rica e Equador se assemelham neste debate porque passaram por especificidades históricas, econômicas e sociais que forçam a encarar temas como o constitucionalismo e a revisão judicial com perspectiva diversa daquela norte-americana ou europeia. Como observado por Garavito e Franco (2015), nestes países, proliferam os contrastes e a má distribuição da riqueza, sendo que a própria atuação das instituições é assimétrica. Esta realidade cria um campo fértil para que, diante de tribunais independentes, demandas judiciais sejam instrumentalizadas para a garantia de direitos fundamentais.

4 A tese de autores como Garavito e Franco (2015) é de que os tribunais são componentes fundamentais no processo de mediação para redução da dominação e da exclusão radical geradas pela desigualdade social. Para eles, assim como a justiça transicional é essencial nos períodos seguintes ao término de governos autoritários, aos tribunais caberia o papel de intervir nos debates distributivos, de definir limites dos sistemas jurídicos e econômicos, bem como de atuar para modificar o destino de milhões de cidadãos, cujas condições materiais de vida estão em jogo. Os casos estruturais, que afetam um grande número de pessoas e envolvem diversos órgãos públicos, seriam um campo fértil para este tipo de atuação, já que permitem sentenças abrangentes e fomentariam o diálogo ente Estado e sociedade civil a respeito dos problemas distributivos.

prisional brasileiro e, diante disso, que se impusesse “uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia”.

Por ocasião da apreciação dos pedidos cautelares, o então Advogado-Geral da União Luís Inácio Adams, em sustentação oral feita aos ministros do Supremo, argumentou que, nos últimos quatro anos, a União executou, em média, 82% dos recursos destinados pelo orçamento ao Funpen, percentual que chegou a atingir 91% em 2014, de maneira que não seria possível afirmar que o contingenciamento de verbas da área tem sido elevado. Afirmou, ainda, que a aplicação de recursos no sistema carcerário esbarra, muitas vezes, na falta de projetos adequados dos Estados. Desde 2004, a União fez 136 convênios para destinar R\$ 1,6 bilhão para os governos estaduais investirem na reforma ou na construção de 229 presídios, o que abriria mais 61 mil vagas no sistema. No entanto, pelo menos 60 repasses tiveram que ser cancelados por falhas nos Estados, como a incapacidade para executar os projetos ou até mesmo a desistência por parte do ente federativo.

O Ministro pontuou que o problema exigiria uma solução conjunta, já que a execução orçamentária direta se dá nos presídios federais, onde estaria sendo gerado, inclusive, um excesso de vagas, mas, nos presídios estaduais, a questão permaneceria na dependência da execução dos projetos pela autoridade local<sup>5</sup>.

O Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, acabou por acatar sete dos oito pedidos de medidas cautelares formulados pela agremiação partidária, inclusive o que envolvia o desbloqueio de verbas do Funpen. O plenário referendou em parte a liminar concedida pelo Relator para determinar a implementação das audiências de custódia e a liberação, sem qualquer tipo de limitação, do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para o qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos. Tanto a realização das audiências de custódia quanto o controle sobre a liberação do FUNPEN vêm sendo implementadas através de projetos conduzidos pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo que, no caso do fundo, foi celebrado convênio com o Ministério da Justiça.

Da maneira como executada, a decisão acabou contemplando, em parte, o ponderado pela AGU, uma vez que as medidas a ela relativas só foram possíveis através da interação entre os poderes. O julgado também pode ser enquadrado no contexto de legitimação narrado por Garavito e Franco (2015), já que ancorado em situação de claro bloqueio institucional,

5 Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/348180](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/348180)>.

que leva a graves deficiências ou a uma ausência completa de políticas públicas destinadas a resolver problemas sociais urgentes. Diante deste quadro, aos tribunais caberia eliminar os obstáculos para o funcionamento apropriado do Estado, o que terminaria por fortalecer a democracia ao invés de erodi-la. A intervenção judicial, em casos assim, complementaria atuação do governo e do Congresso ao invés de substituí-la.

Entretanto, ainda que reconheçamos aspectos positivos nesta intervenção jurídica, um exame mais cuidadoso revela que ainda estamos muito longe de um constitucionalismo democrático ideal.

Primeiramente, na hipótese específica da ADPF nº347, a ausência de participação da sociedade civil no procedimento é ponto que merece ser destacado. Apesar do processo ter contemplado audiências públicas, seria fundamental, considerando a gravidade da situação do sistema carcerário brasileiro e a necessidade de se incentivar o exercício de uma cidadania ativa, que organizações sociais tivessem tomado a frente da questão, chamando para si a fiscalização do cumprimento da decisão e proporcionando debates permanentes sobre a eficácia das medidas impostas na realidade reconhecida como inconstitucional.

Em segundo lugar, de forma mais ampla, é importante refletir sobre como mecanismos fortes de participação política podem conviver com uma jurisdição constitucional que exerce este papel na efetivação de direitos básicos do cidadão.

Mauricio García Villegas, estudando as formas de operacionalizar a garantia dos direitos previstos constitucionalmente e participação política, traz uma classificação interessante que pode ser analisada através do quadro que se reproduz abaixo:

<b>Direitos</b>	<b>Participação das maiorias</b>		
		Menos	Mais
	Menos	<b>I</b> Constitucionalismo Preservador	<b>II</b> Constitucionalismo Aspiracional-majoritário
	Mais	<b>III</b> Constitucionalismo Aspiracional-judiciário	<b>IV</b> Constitucionalismo Democrático

De acordo com estas categorias, o constitucionalismo preservador seria aquele mais focado na limitação do poder e na manutenção do *status quo*, enquanto o constitucionalismo aspiracional seria aquele que relaciona Constituição e progresso social, conectando-se com o futuro. O autor adverte que esta distinção teria um caráter mais analítico que descritivo, já que, na prática, pode haver, em uma mesma Constituição, normas de ambos os tipos e que quase todos os textos constitucionais se movem na fronteira difusa entre direito e política, entre a garantia do presente e a promessa do futuro<sup>6</sup>.

Neste diapasão, os extremos seriam os campos I e IV, sendo que, este último, seria o modelo ideal em que seria possível reunir o máximo de participação democrática possível compatível com o máximo de proteção de direitos possível. O caso I, pelo menos para a América Latina, seria o mais deficiente, já que não atenderia aos reclamos urgentes de sociedades marcadas por profunda desigualdade social.

A experiência brasileira estaria, talvez, entre os dois modelos intermediários, já que o projeto social contido na Constituição de 1988 encontrou respaldo em políticas públicas implementadas durante os doze anos de governo do Partido dos Trabalhadores. Por outro lado, a classe política vem enfrentando forte crise de credibilidade e o STF ganhou grande importância no cenário institucional. Este tribunal, contudo, não produziu jurisprudência progressista da mesma relevância dos casos estruturais famosos da Colômbia, da Índia e da África do Sul. Além disso, apesar de ter implementado mecanismos como as audiências públicas, as soluções dialógicas não tiveram efetividade expressiva, tanto no que concerne à relação com os demais poderes quanto em relação à participação da sociedade civil.

Nesse contexto, mesmo que apostemos que reformas localizadas tenham potencial para surtir efeitos abrangentes, sua força transformadora depende do aprofundamento de um novo padrão de reprodução institucional. A indagação que se coloca, portanto, é como manter as instituições sobre constante questionamento, de forma que a preocupação com a garantia dos direitos fundamentais, ainda que crucial para a realidade brasileira, não impeça uma inquirição profunda da atuação do Supremo Tribunal Federal na realidade brasileira.

---

6 Outra observação do autor é que as constituições aspiracionais atuais se nutrem da tradição rousseauiana ou francesa de constitucionalismo, mas aquelas que dependem, para sua efetividade, da intervenção de juízes, se alimentam, sobretudo, da tradição constitucional anglo-saxã de ativismo judicial e de controle contramajoritário.

## 2 O STF COMO RETRATO DE UMA DEMOCRACIA EM DESENCANTO<sup>7</sup>

O debate em torno da afirmação da legitimidade da jurisdição constitucional tem, como pano de fundo, uma inevitável comparação com o funcionamento das instâncias representativas, como o Poder Legislativo e Executivo. Quando se advoga pela importância da atuação proeminente das cortes constitucionais, é comum que isto ocorra valorizando-se as capacidades institucionais destas cortes em detrimento do sistema político-eleitoral. Há, assim, um inevitável paralelo entre o direito, visto como instância da técnica, da estabilidade, onde a legalidade se assenta em si mesma, e a instância da política, concebida como arena da vontade, “dos interesses mesquinhos inconfessáveis, da vulgaridade, ilustrado pelo espetáculo deprimente dos escândalos, da corrupção e da violência que vê na mídia” (KOERNER, 2013, p. 24).

Na instabilidade política do Brasil contemporâneo, muitas expectativas foram criadas em torno do STF como instância neutra que seria capaz de viabilizar os pressupostos da democracia através de uma legitimação discursiva. O país vem enfrentando uma sequência de escândalos de corrupção protagonizados por políticos das mais diversas esferas, bem como atravessou o conturbado processo de *impeachment* da ex-presidenta Dilma Rousseff.

Também diante desta perspectiva, foi possível verificar a jurisdição constitucional em meio à tensão entre o jurídico e político e a avaliação de sua atuação possui vários pontos sensíveis<sup>8</sup>.

A primeira dificuldade que pode ser assinalada está relacionada com a própria ideia de instância neutra. Ainda que se considere impossível afirmar qual o grau de vinculação política-ideológica de uma determinada decisão da corte, de uma forma mais ampla, é preciso repensar as práticas adotadas pelos ministros que contrariam nitidamente a imagem de imparcialidade da instituição.

7 Conrado Hübner Mendes, em matéria publicada no caderno Ilustríssima da Folha de São Paulo de 28.01.2018, afirma que “O Supremo Tribunal Federal é protagonista de uma democracia em desencanto”. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>.

8 Além da mencionada matéria que reproduz a entrevista do professor Conrado Hübner Mendes com duras críticas ao Supremo, depois do episódio de troca de desavenças entre ministros durante sessão de julgamento, as manifestações de desaprovação da dinâmica de funcionamento da corte têm aumentado. Hélio Schwartzman, na Folha de SP, por exemplo, opina que: “[...]um momento em que os magistrados deveriam agir coletivamente para fortalecer a instituição e fornecer ao país pontos de referência minimamente sólidos, eles se embrenham numa miniguerra civil na qual se utilizam de toda sorte de estratégias para ver prevalecer suas posições pessoais. Dão a sensação de que não irão desistir até que saiam vitoriosos, o que é o exato contrário do que se espera de um órgão concebido para pacificar conflitos.” Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2018/04/supremo-em-guerra.shtml>>.

Um exemplo deste tipo de prática ocorre quando resolvem expressar suas críticas ou preferências de natureza político-partidária, chegando a opinar abertamente sobre casos que estão sob apreciação do Supremo ou serão, muito provavelmente, a ele submetidos. Esta atitude poderia ser caracterizada como manifestação de poder “informal” dos membros do tribunal, uma vez que seu estatuto jurídico não está claramente definido (ARGUELLES; RIBEIRO, 2015). Apesar de a expressão de opinião sobre processos pendentes de julgamento encontrar vedação no art.36 da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), a própria aplicabilidade desta lei aos ministros do STF é objeto de controvérsia.

Outro aspecto que deve ser analisado quando pensamos na exigência de neutralidade em relação às forças políticas é aquele relativo ao poder de controle do tempo processual por parte dos ministros do STF. Ele pode ser observado, de uma maneira geral, através da velocidade com que são proferidas liminares, pela duração dos pedidos de vista e pela rapidez com que processos são incluídos em pauta para julgamento pelo plenário. Esta inclusão depende da liberação do voto pelo relator, sem que haja previsão de sanção para o caso de descumprimento dos prazos previstos no art.111, do Regimento Interno do tribunal<sup>9</sup>.

O caso do pedido de afastamento do Presidente da Câmara, Eduardo Cunha, foi emblemático. Este pedido foi apresentado pelo Procurador-Geral da República em 16.12.2015 com o objetivo de assegurar a higidez da investigação criminal em curso contra o deputado, para garantir o regular andamento da instrução processual e aplicação da lei penal no que se refere à denúncia proposta contra o parlamentar. Na sua petição, o procurador também alega que a decisão sobre o afastamento de Cunha do mandato deve ser urgente para evitar que ele faça manobras e condutas para atingir seus “objetivos ilícitos”. Em fevereiro de 2016, o deputado foi notificado para apresentação de defesa em 10 dias. Em março, o plenário do STF recebeu a denúncia contra ele no bojo do Inquérito nº3983. Em abril, diversas demandas chegaram ao STF questionando a legitimidade de Cunha para presidir o processo de *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, no entanto, nenhuma incitou a Corte a reconhecer a urgência de sua manifestação sobre o pedido de afastamento formulado.

Eduardo Cunha acabou afastado cautelarmente apenas em 05.05.2016 por liminar do Relator Teori Zavascky, duas semanas após a Câmara dos

9 O MS 22.972, por exemplo, que havia sido impetrado contra atos da Mesa da Câmara dos Deputados destinados a apreciar a PEC 20/1995 (conhecida como PEC do parlamentarismo), chegou ao Supremo em 1997, teve a liminar negada e, desde então, aguardava por julgamento. Com o retorno do debate sobre parlamentarismo no Congresso, o tribunal incluiu o referido mandado de segurança em pauta para o dia 16.03.2016, bem em meio à grave crise institucional que o país enfrentava. O julgamento acabou por ser adiado para que o Senado Federal apresentasse suas informações no prazo de dez dias.

Deputados, por ele presidida, aprovar prosseguimento do processo de *impeachment*. A liminar foi referendada pelo plenário, quando a proximidade de votação pelo Senado do eventual afastamento da Presidenta da República poderia colocá-lo na linha de sucessão do cargo<sup>10</sup>.

Em 10.05.2016, o então Advogado-Geral da União, impetrou mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal (STF) com pedido de liminar para suspender o processo de *impeachment* da Presidenta da República, Dilma Rousseff, por desvio de poder, argumentando que ficou evidenciado que Eduardo Cunha se valeu de sua condição de presidente da Câmara dos Deputados para, em contínuo desvio de finalidade, atender a seus próprios interesses e comprometer a harmonia entre os Poderes da República. Como forma de demonstrar a jurisprudência da corte em matéria de controle de legalidade de ato político, citou o julgamento do Mandado de Segurança nº 34.070, no qual o ministro Gilmar Mendes entendeu que houve desvio de finalidade na nomeação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva como ministro de Estado<sup>11</sup>.

Apesar de ressaltado pelo Advogado-Geral da União, a liminar foi indeferida e o pedido de *impeachment* culminou por ser aprovado no Senado. Em face desta decisão, Dilma Vana Rousseff impetrou mandado de segurança perante o STF, afirmando que:

No Brasil, a democracia ainda é muito recente. Como os últimos acontecimentos têm demonstrado, está ainda em construção o compromisso com o regime democrático. Cuida-se de compromisso que tem se revelado ainda instrumental, que pode ser relativizado por razão de conveniência circunstancial das forças políticas em disputa. Se o caminho mais curto para se chegar ao poder é romper com a ordem democrática, inúmeras forças políticas de relevância, no Brasil, não tem hesitado em optar pelo estado de exceção, como ocorreu tantas vezes no século passado. A democracia no Brasil ainda é apenas *modus vivendi*, não arranjo provido de apoio generalizado por razões de moralidade política e compromisso ético.

[...]

---

10 Como observou Conrado Hübner Mendes, o próprio ex-deputado Eduardo Cunha descreveu bem o inusitado da situação: “Quando afastado de seu mandato pelo STF em 2016, ironizou com a pergunta cínica que muitos se fizeram: “Se havia urgência, por que levou seis meses?” Em outras palavras: por que agora?” Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>.

11 Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/405384](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/405384)>.

A competência específica do Judiciário para realizar interpretações da Constituição permite que ofereça uma contribuição decisiva para a garantia da constitucionalidade e da legalidade do julgamento. O diálogo entre as instituições aqui propugnado tem a vocação para preservar não só direitos líquidos e certos da Impetrante, mas também, como impetrante foi eleita pelo povo brasileiro, da própria ordem constitucional democrática inscrita na Constituição de 1988. Apenas a Constituição poderá prover as bases para a unidade nacional e para a democracia reclamando-se a urgente manifestação de seu guardião a propósito das hipóteses que efetivamente legitimam a decretação do *impeachment* da Presidente da República.

Como se nota, o conteúdo da petição acima transcrito foi no sentido de demandar do STF um posicionamento de compromisso com o regime democrático. Não se pretende defender aqui o acerto ou o erro da decisão final quanto ao afastamento da Presidenta<sup>12</sup>, mas o fato é que, como observam Levitsky e Ziblatt, as democracias são sustentadas não só pelo que está expresso na Constituição, mas também por um conjunto de normas não escritas capazes de evitar que os espaços interpretativos do texto constitucional sejam explorados a ponto de desestabilizar o sistema. No caso em destaque, a AGU, ao longo do processo, procurou chamar atenção para a necessidade do uso da primeira destas normas - o autocontrole (*forbearance*) - que determina que, para o bom funcionamento do jogo político como um todo, é preciso abster-se de usar contra o adversário todos os recursos institucionais disponíveis.

O STF, em sua atuação recente, entretanto, parece não conseguir honrar todas as expectativas que sobre ele recaíram relacionadas a esta função de moderador do sistema democrático. Não tem conseguido se desincumbir do imenso ônus argumentativo que sobre ele recai ao decidir tantos temas com alta voltagem política ideológica. É que, quando falha ao construir uma jurisprudência sólida a que possa remontar em casos polêmicos e quando, na prática de suas funções, trafega livremente entre o jurídico e o político, deixa para o público a sensação de que a análise crítica

---

12 Sobre a questão da leitura ideológica do impeachment de Dilma Rousseff é oportuna a observação do Professor Christian Edward Cyril Lynch, em entrevista concedida ao Jota em 27.04.2018: "Do ponto de vista histórico, é um período de mudança de regime, com a centralidade do poder judiciário, como foi no governo de Hermes da Fonseca. Deve ficar assim, agora depende de quem for o historiador. Se o historiador for socialista, vai dizer que o Supremo foi um agente do golpismo, não impedindo o impeachment. Se os historiadores forem liberais, devem explorar essa fragilidade da legitimidade que eu aponto. Aí fica só um mistério para saber o que os conservadores vão achar." Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/entrevista-judicialismo-deve-continuar-27042018>>.

de seus julgamentos só poderá ser formulada pelo viés ideológico<sup>13</sup>. Afinal, quando o tribunal ou seus membros individualmente exercem cada um de seus enormes poderes - como o uso indiscriminado de pedidos de vista, controle de pauta, divulgação de opiniões políticas para a imprensa, abuso de decisões monocráticas, pouco apreço pela sedimentação de precedentes etc - resta para os jurisdicionados a pergunta: o que o STF não pode fazer?

## CONCLUSÃO

A propósito dos 30 anos da Constituição Federal de 1988, este artigo pretendeu apresentar um rápido panorama da feição assumida pela Jurisdição Constitucional, da sua relação com os demais Poderes e da atuação da Advocacia-Geral da União no percurso histórico que parece ter caminhado para este delicado momento em que se debate a crise do regime democrático.

Considerando como ponto de partida a efervescência da redemocratização e da aprovação de um documento que incorporou demandas muito caras à sociedade brasileira até o contexto atual em que se notam graves sinais de retrocesso em matéria do pacto social, é preciso que repensemos mecanismos institucionais que permitam o resgate da política. Neste diapasão, talvez as reflexões e preocupações antes muito focadas no problema de sua judicialização tenham que ganhar novos contornos, em que os próprios personagens da cena institucional tenham seus papéis redesenhados.

Mesmo não sendo possível prever os próximos acontecimentos da vida política nacional, é certo que a responsabilidade da Advocacia-Geral da União é imensa em colaborar para que o caminho trilhado não resvale na erosão dos valores democráticos. Na busca por esta redefinição institucional, a frase de Shakespeare não deixa de servir como uma provocação oportuna: um céu tão sujo clareia sem uma tempestade?

## REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA THOMAZ. Supremo não é inerte: PEC do parlamentarismo e dois mitos sobre o STF. *JOTA*, São Paulo, 15 mar. 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/supremo-nao-e-inerte-pec-do-parlamentarismo-e-dois-mitos-sobre-o-stf>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

---

13 A reportagem do Jota “As críticas ao STF pelo resultado do julgamento do impeachment”, de Felipe Recondo, ilustra bem esta situação. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/as-criticas-ao-stf-pelo-resultado-do-julgamento-do-impeachment-03012016>>. Acesso em: 17 maio 2017.

ARGUELLES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Mendes e Lula: uma liminar contra o Plenário do Supremo. *JOTA*, São Paulo, 21 mar. 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/mendes-e-lula-uma-liminar-contr-o-plenario-do-supremo>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

ARGUELLES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013.

\_\_\_\_\_. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p.121-155, jan/jun 2015.

\_\_\_\_\_. Criador e/ou Criatura: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, v. 12, maio/ago. 2016.

ARGUELLES, Diego Werneck. O Supremo e Cunha: quem decide quando quer, ouve o que não quer. *JOTA*, São Paulo, 07 mai. 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/o-supremo-e-cunha-quem-decide-quando-quer-ouve-o-que-nao-quer>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Afinal, ministro do Supremo é magistrado? *JOTA*, São Paulo, 15 mar. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/afinal-ministro-do-supremo-e-magistrado-15032016>>. Acesso em: 23 maio 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [*Syn*] *Thesis*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

\_\_\_\_\_. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADPF 347*, MARCO AURÉLIO MELLO, PLENO, julgado em 09.09.2015, DJe 11.09.2015

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal, *MS 34.193*, TEORI ZAVASCKI, julgado em 11.05.2016, DJe 12.05.2016.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal, *MS 34.371*, TEORI ZAVASCKI, julgado em 08.09.2016, DJe 09.09.2016.

GARAVITO, César Rodríguez. O impacto do novo constitucionalismo: os efeitos dos casos sobre direitos sociais na América Latina. In BALDI, César Augusto (coord.). *Aprender desde o Sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o Sul*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e democracia na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT. *How Democracies Die*. New York: Crown Publishing, 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo . *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

VILLEGAS, Mauricio García. Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social em América Latina. In BALDI, César Augusto (coord.). *Aprender desde o Sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o Sul*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

---

# **A ADVOCACIA PÚBLICA NA DEFESA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, DA GESTÃO RESPONSÁVEL E DA SEGURANÇA JURÍDICA**

***PUBLIC ATTORNEY IN THE DEFENSE OF PUBLIC POLICIES,  
RESPONSIBLE MANAGEMENT AND LEGAL CERTAINTY***

---

*Viviane Alfradique Martins de Figueiredo Mendes  
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Advocacia Pública: Função Essencial à Justiça; 2 A identidade institucional da Advocacia Pública; 3 Missão do Advogado Público na defesa das políticas públicas, da gestão responsável e da segurança jurídica; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é delinear, com a lente voltada para a Constituição de 1988, o papel da Advocacia Pública na defesa das políticas públicas, da gestão responsável e da segurança jurídica. Partindo da premissa de que a Constituição-cidadã conferiu à Advocacia Pública de Estado o encargo de estabelecer o diálogo permanente entre os subsistemas do direito e da democracia representativa será vista a superação do modelo clássico de tripartição do Estado e a inserção da instituição entre as Funções Essenciais à Justiça. Será visto que, a Constituição, dentro de seu esforço para consolidar a democracia e estabilidade institucional, conferiu à Advocacia Pública um arranjo institucional inédito, especializou o assessoramento e a representação judicial do Poder Público. Por meio dessa dupla atribuição, encarregou a Advocacia Pública do controle jurídico do Estado e do zelo ao patrimônio público. Essa feição institucional é considerada um verdadeiro marco divisório limitativo dos interesses políticos dentro da Administração Pública, já que impôs limites entre o Governo e o Estado. Como corolário, tem-se que as funções do advogado público são típicas e estruturantes do próprio Estado. Sua verdadeira missão é advogar pelo avanço dos interesses políticos nos limites da racionalidade jurídica, compatibilizando as políticas públicas desenhadas pelos representantes eleitos pelo povo às molduras do ordenamento jurídico. Finaliza-se concluindo-se que, o atual desenho institucional conferido à Advocacia Pública autoriza a promoção do diálogo entre as instituições políticas e a sociedade sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade, na medida em que associa legitimidade democrática e respeito aos direitos fundamentais, conferindo à instituição destacado protagonismo no aprimoramento das políticas públicas, boa governança e segurança jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia Pública. Papel Institucional. Identidade Institucional. Defesa. Políticas Públicas. Gestão Responsável. Segurança Jurídica.

**ABSTRACT:** The objective of this article is to outline the role of Public Advocacy in the defense of public policies, responsible management and legal security, with the lens of the 1988 Constitution. Based on the premise that the Citizen Constitution gave the Public State Advocacy the task of establishing permanent dialogue between the subsystems of law and representative democracy will be to overcome the classic model of state tripartition and the insertion of the institution between the Functions Essential to Justice. It will be seen that, in its effort to consolidate democracy and institutional stability, the Constitution gave the Public Advocacy an unprecedented institutional arrangement, specializing in advising and representing the Public Power.

Through this double assignment, he charged the Public Advocacy with the legal control of the State and the zeal for public patrimony. This institutional feature is considered a real divisive framework limiting political interests within the Public Administration, since it imposed limits between the Government and the State. As a corollary, it is assumed that the functions of the public lawyer are typical and structuring of the State itself. Its true mission is to advocate for the advancement of political interests within the limits of legal rationality, making compatible the public policies designed by the representatives elected by the people to the legal framework. It concludes that the current institutional design conferred on the Public Advocacy authorizes the promotion of dialogue between political institutions and society on how best to harmonize individual freedoms and collective interests, insofar as it associates democratic legitimacy and respect for fundamental rights, giving the institution an outstanding role in the improvement of public policies, good governance and legal security. The objective of this article is to outline the role of Public Advocacy in the defense of public policies, responsible management and legal security, with the lens of the 1988 Constitution. Based on the premise that the Citizen Constitution gave the Public State Advocacy the task of establishing permanent dialogue between the subsystems of law and representative democracy will be to overcome the classic model of state tripartition and the insertion of the institution between the Functions Essential to Justice. It will be seen that, in its effort to consolidate democracy and institutional stability, the Constitution gave the Public Advocacy an unprecedented institutional arrangement, specializing in advising and representing the Public Power. Through this double assignment, he charged the Public Advocacy with the legal control of the State and the zeal for public patrimony. This institutional feature is considered a real divisive framework limiting political interests within the Public Administration, since it imposed limits between the Government and the State. As a corollary, it is assumed that the functions of the public lawyer are typical and structuring of the State itself. Its true mission is to advocate for the advancement of political interests within the limits of legal rationality, making compatible the public policies designed by the representatives elected by the people to the legal framework. It concludes that the current institutional design conferred on the Public Advocacy authorizes the promotion of dialogue between political institutions and society on how best to harmonize individual freedoms and collective interests, insofar as it associates democratic legitimacy and respect for fundamental rights, giving the institution an outstanding role in the improvement of public policies, good governance and legal security.

**KEYWORDS:** Public Advocacy. Institutional Role. Institutional Identity. Defense. Public Policies. Responsible Management. Legal Safety.

## INTRODUÇÃO

Com foco na Constituição de 1988, o presente artigo pretende delinear o papel da Advocacia Pública na defesa das políticas públicas, da gestão responsável e da segurança jurídica.

Partindo da premissa de que a Constituição-cidadã conferiu à Advocacia Pública de Estado o encargo de estabelecer o diálogo permanente entre os subsistemas do direito e da democracia representativa será vista a superação do modelo clássico de tripartição do Estado e a inserção da instituição entre as Funções Essenciais à Justiça.

A partir do delineamento do perfil constitucional da instituição, pretende-se demonstrar que as funções do advogado público são típicas e estruturantes do próprio Estado e que sua missão é advogar pelo avanço dos interesses políticos nos limites da racionalidade jurídica, isto é, existindo vontade política deverá se empenhar para viabilizá-la dentro das balizas das normas a que se subordina.

No exercício da discricionariedade administrativa, em seus dois eixos de competências advocatícias, a representação judicial e a consultoria jurídica, o Advogado Público deve ter suas lentes voltadas tanto para os direitos fundamentais como para as metas coletivas.

Como a seguir será demonstrado o atual desenho institucional conferido à Advocacia Pública autoriza a promoção do diálogo entre as instituições políticas e a sociedade sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade, associando legitimidade democrática e respeito aos direitos fundamentais.

### 1 ADVOCACIA PÚBLICA: FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

Embora a Constituição adote no art. 2º, o princípio da separação de Poderes, ela prevê, no Título IV, denominado de “Organizações dos Poderes”, quatro e não três capítulos; os três primeiros pertinentes a cada um dos Poderes do Estado e, o quarto, imediatamente seguinte ao que cuida do Poder Judiciário, referente às Funções Essenciais à Justiça, nele inserindo o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, Procuradorias Estaduais, a Defensoria Pública e a Advocacia.

O que a Constituição quis realçar, com a inclusão dessas carreiras no capítulo das “funções essenciais à Justiça”, foi a importância de todas na busca da Justiça, entendida no duplo sentido: a) Justiça como instituição, como sinônimo de Poder Judiciário, já que este não tem legitimidade para dar início às ações judiciais, decidindo conflitos que são postos e nos limites em que são postos pelo advogado, pelo promotor de Justiça,

pelo advogado público, pelo defensor público; sem esses profissionais a Justiça não é acionada; ela não existe; b) Justiça como valor, incluída no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, e que consiste na “vontade constante de dar a cada um o que é seu (*justitia est constans et perpetua voluntas jus sum cuique tribuendi*)”<sup>1</sup>.

Por intermédio do princípio da unidade constitucional e da interpretação sistemática, a enumeração do art. 2º da Constituição da República<sup>2</sup> é compreendida como ilustrativa, de modo que, sob o aspecto institucional, considera-se rompida a tríade de Montesquieu<sup>3</sup>. Sob a ótica sistêmica, ao revés de três “Poderes” separados, a Constituição prevê uma organização quinária funcional: executiva, legislativa, judiciária, ministerial pública e de controle externo.

## 2 A IDENTIDADE INSTITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA

O verbete Advocacia Pública tem como escopo primordial a Advocacia de Estado, e está prevista nos artigos 131 e 132 da Constituição de 1988<sup>4</sup>, dentro do Título IV, Capítulo IV, destinado às Funções Essenciais à Justiça.

Em sentido amplo, a Carta de 1988 estabeleceu a subdivisão da Advocacia Pública em três grandes ramos. São eles: o Ministério Público,

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública como função essencial à Justiça. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

2 Art. 2º – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

3 MOISES, Cristian Ricardo Prado. A superação da clássica tripartição do poder na Carta Magna de 1988: aspectos institucionais. *Repositório Institucional PUCRS*, 2007, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, disponível em: <<http://hdl.handle.net/10923/2279>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

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

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

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

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998)

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998)”

a Defensoria Pública e a Advocacia de Estado.<sup>5</sup> Todos exercendo atividade típica de Estado e merecendo o tratamento diferenciado conferido pela Constituição.

A Constituição atribuiu à Advocacia Geral da União, às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, e implicitamente à Advocacia Pública Municipal, a representação jurídica, a consultoria e o assessoramento do Poder Executivo.

Em seu esforço de consolidar a democracia e a estabilidade institucional, a Constituição de 1988 conferiu à Advocacia Pública um arranjo institucional inédito, especializou o assessoramento e a representação judicial do Poder Público em instituição própria: a Advocacia de Estado.

Para exercer tal mister, há previsão constitucional de um corpo técnico permanente e de dois eixos de competências advocatícias fundamentais (representação judicial e a consultoria jurídica), por meio das quais é entregue à Advocacia Pública de Estado o encargo de estabelecer o diálogo permanente entre os subsistemas e do direito e da democracia representativa.<sup>6</sup>

Inferese que, as funções da Advocacia Pública de Estado são típicas e estruturantes do próprio Estado, enquanto entidade que se legitima pela vontade popular representada no Poder Executivo, bem como pelos parâmetros estabelecidos nos atos do Poder Legislativo e do constituinte<sup>7</sup>.

O advogado público tem o dever de agir conforme o tipo de Estado que representa, apresenta e integra organicamente. Na realidade contemporânea, refere-se ao Estado Democrático de Direito, síntese do projeto de Estado de Direito (*rule of law*) com o ideal democrático.

O advogado do Estado contemporâneo deve, ao mesmo tempo, falar em nome do direito e da vontade política daqueles que foram escolhidos para chefiar a Administração Pública<sup>8</sup>. Sua missão, portanto, é

---

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Independência Técnico-Funcional da Advocacia de Estado. *Revista de direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 3-4.

6 URBINATI, Nadia. *Representative democracy: principles and genealogy*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Independência técnico-funcional da Advocacia de Estado. *Revista de direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 5.

8 Gustavo Binenbojm refere-se aos compromissos democrático e jurídico do advogado de Estado. Assim, o advogado público deve, ao mesmo tempo: (i) viabilizar no plano jurídico, as políticas públicas definidas pelos agentes políticos eleitos (compromisso democrático); e (ii) ajustar os atos dos gestores públicos eleitos e do aparato administrativo ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico, na realização de um controle de juridicidade que é tanto prévio quanto sucessivo (compromisso jurídico). Cfr. BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*, p. 220.

advogar pelo avanço dos interesses políticos, nos limites da racionalidade jurídica.

O advogado público responde ao interesse público, o qual se aproxima, mas não se confunde, com a vontade de agentes eleitos do Executivo. Ele precisa se adequar aos limites e possibilidades do direito. Se há vontade política, o advogado público deve refletir e se empenhar numa forma de viabilizá-la. Mas só poderá fazer isso nas balizas das normas a que se subordina.

Em suma: o advogado de Estado não é agente de governo. Ele serve ao Estado de Direito, em benefício da democracia. Assim, deve buscar, com a técnica jurídica, a legitimação de interesses democráticos da maneira mais eficiente<sup>9</sup>, ao mesmo tempo em que controla pretensões políticas. Seu dever é oferecer ao administrador as interpretações possíveis, indicar riscos e ser intransigente com pretensões que transbordem desses limites<sup>10</sup>.

### **3 MISSÃO DO ADVOGADO PÚBLICO NA DEFESA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, DA GESTÃO RESPONSÁVEL E DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Aos advogados do Estado (aqui incluídos os representantes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios) compete a relevante missão institucional de compatibilizar as políticas públicas desenhadas pelos representantes eleitos do povo, às molduras do ordenamento jurídico<sup>11</sup>.

Na função preventiva, que tem por escopo de orientar a atuação da Administração Pública, evitando ilegalidades, o Advogado de Estado tem um papel fundamental no controle interno da juridicidade da ação administrativa. Deve empenhar-se na viabilização jurídica de políticas públicas legítimas definidas pelos representantes eleitos do povo, inclusive orientando possíveis iniciativas de modificação do direito positivo, respeitada a Constituição<sup>12</sup>. É com esse esforço que será

9 SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. Cooperação e eficiência nos contratos públicos: abordagem normativa e o papel da Advocacia Pública. *Revista de direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, v. XXIV, (coord. Nicola Tutungi Júnior e Rodrigo Crelier Zambão da Silva), 2016, p. 76.

10 SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da administração. *Revista da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, 2005, p. 35.

11 BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*, p. 219.

12 BINENBOJM, Gustavo. O papel da advocacia pública na estabilidade jurídica e no desenvolvimento do país. *Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas*, p. 113.

atingido o interesse público constitucionalmente pautado no desenho e na realização de políticas públicas legítimas<sup>13</sup>.

Em assim sendo, a elaboração, pela via legislativa, das políticas públicas não pode prescindir do providencial auxílio dos advogados públicos, cuja atividade deverá ser exercida em sintonia e aproximação com os órgãos técnicos e representativos da atividade-fim da Administração, para cuja execução se destina a política. Essa participação é de grande relevo para que os aportes dos setores técnicos, no que concerne ao conteúdo das políticas, afinem-se com as normas constitucionais. Cabe, assim, aos advogados públicos velar pela legitimidade dos programas de ação desenvolvidos pelos governos<sup>14</sup>. Dessa conjugação será possível a apresentação de projetos de lei, de medidas provisórias, de regulamentos e, até mesmo, de propostas de emenda constitucional, se necessário.

Ainda na vertente do controle interno da juridicidade da ação administrativa, a Advocacia Pública destaca-se como a instituição que realiza e ampara a solução consensual, que tem por objetivo incrementar o grau de efetividade das ordenações baseadas na adesão voluntária, reduzir o tempo de tramitação dos feitos, os custos a ele relacionados e o nível de litigiosidade administrativa e judicial.

A solução consensual constitui um instrumento de participação democrática, de *accountability* e de legitimação de decisões. Assim, na utilização de meios extrajudiciais e consensuais para a resolução de conflitos, o papel da Advocacia Pública é o de encontrar a solução consensual que melhor atenda ao interesse público, proporcione reconhecimento de direitos aos cidadãos e contribua para a gestão responsável da máquina pública.

Para exercer esse mister, que se insere dentro da discricionariedade administrativa, tem sido procedida à identificação do interesse público com o chamado interesse público coletivo primário, formado pelo conjunto de interesses individuais preponderantes em determinada coletividade<sup>15</sup>. Havendo conflito, o interesse público primário deve

---

13 AGUIAR, Guilherme Salgueiro Pacheco de Aguiar. *Controle de políticas públicas pelo advogado público (?!): considerações embrionárias*, p. 49.

14 Anote-se que durante o período colonial foi conferido algum grau de autonomia ao Poder Judiciário do Brasil com a instalação da Relação do Estado do Brasil em Salvador, no ano de 1609 (cfr. GUEDES, Jefferson Carús. *Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da advocacia pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*, p. 342-344).

15 GUEDES, Jefferson Carús. *Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da advocacia pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*, p. 347.

prevalecer sobre o interesse público secundário, que diz respeito ao aparelhamento administrativo do Estado.

Digno de nota, por seu pioneirismo, foi a atuação da Advocacia-Geral da União, na implementação dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, que vem proporcionando segurança jurídica, diminuição da diminuição da litigiosidade e das despesas do Estado e contribuindo para uma gestão responsável e eficiente.

Na função postulatória, que envolve o conjunto de funções que visa ao cumprimento, junto ao Poder Judiciário, da defesa dos interesses entregues aos cuidados do Estado, merece realce a defesa das medidas integrantes de uma política pública, a ter lugar em juízo. É inconteste que as medidas que compõem uma política pública, quando contrariem o sistema jurídico, expõem-se a controle jurisdicional.

Durante o trâmite do processo que se destina à aferição da sua legitimidade, o papel da Advocacia Pública se faz decisivo não somente para servir de aparato formal à observância do devido processo legal, mas, sobretudo, pela possibilidade de trazer ao debate argumentos técnicos.

Nesse particular, assume importância a participação da Advocacia Pública nos processos de controle de constitucionalidade. Não se desconhece que, por imperativo magno (art. 103, §3º, CF), ao Advogado-Geral da União foi conferida a missão de defender as leis e atos normativos cuja inconstitucionalidade, em tese, seja suscitada perante o Supremo Tribunal Federal, o que se estende para as normas estaduais e distritais. Da mesma maneira, tal agente público assessora o Presidente da República quando do ajuizamento de ação declaratória de constitucionalidade de lei federal, a qual pode dizer respeito à definição de política pública, o que também se verifica quanto às arguições de descumprimento de preceito fundamental e às ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão (art. 4º, V e VII, da Lei Complementar 73/93).

Observa-se que a Advocacia Pública tem atuado, atenta à sinergia entre os giros pragmático e democrático-constitucional do direito administrativo, de forma a permitir a colaboração e participação na preparação de decisões complexas.

Do exposto, depreende-se que, em seus dois eixos de competências advocatícias, a representação judicial e a consultoria jurídica, o Advogado Público deve ter seu foco voltado, tanto para os direitos fundamentais como para as metas coletivas, sem se descuidar dos argumentos pragmatistas e consequencialistas, já que tratando-se de políticas públicas o direito tem que andar de mão dadas com a realidade.

#### 4 CONCLUSÃO

O processo de redemocratização do Brasil passou a demandar uma maior fiscalização do Estado.

Nessa toada, a Constituição de 1988, superou o modelo clássico de tripartição do Estado, inseriu a Advocacia Pública entre as Funções Essenciais à Justiça e atribuiu à instituição o encargo de estabelecer o diálogo permanente entre os subsistemas do direito e da democracia representativa.

A Advocacia Pública passou a ser vista como um marco divisório limitativo dos interesses políticos dentro da Administração Pública ou ainda, a função responsável por impor os limites entre o Governo (temporário e movido por ideologias partidárias) e o Estado (entidade permanente e regida pelo Direito)<sup>16</sup>.

Percebe-se que, no exercício de suas atribuições constitucionais, a Advocacia Pública não atua em defesa do aparelhamento estatal ou dos órgãos governamentais, mas sim em defesa do Estado, pois este é que titulariza o interesse público primário<sup>17</sup>.

Nesse cenário, compete à Advocacia Pública a relevante missão institucional de compatibilizar as políticas públicas desenhadas pelos representantes eleitos do povo, às molduras do ordenamento jurídico<sup>18</sup>, realizar o controle da atividade estatal e oferecer segurança jurídica para a coletividade.

Na realização de todas as suas funções constitucionalmente delineadas, a Advocacia Pública realiza direta ou indiretamente a função de controle impondo respeito à lei, ao ordenamento jurídico, aos princípios democráticos e à ética pública, mesmo que para tanto tenha que agir, contrariamente aos interesses do governo ou dos governantes para a preservação dos interesses do Estado.

O atual desenho institucional da Advocacia Pública autoriza a promoção do diálogo entre as instituições políticas e a sociedade sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade, contribuindo assim para a realização do Estado Democrático de Direito.

---

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública como função essencial à Justiça. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública como função essencial à Justiça. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

18 BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*, p. 219.

Conclui-se que, a Advocacia Pública exerce um importante papel na realização dos fins do Estado, na medida em que associa legitimidade democrática e respeito aos direitos fundamentais, além de zelar pelo aprimoramento das políticas públicas, boa governança e segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Guilherme Salgueiro Pacheco de. *Controle de políticas públicas pelo advogado público (?!): considerações embrionárias*. p. 49.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p.136.

BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*, p. 219-220.

\_\_\_\_\_. *O papel da advocacia pública na estabilidade jurídica e no desenvolvimento do país. Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. p. 113.

CASTRO, Aldemário Araújo. A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, a. 12, n. 1630, 18 dez. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10772>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

CYRINO, André Rodrigues. Advocacia pública. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/25/edicao-1/advocacia-publica>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública como função essencial à Justiça. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

GUEDES, Jefferson Carús. *Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da advocacia pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção*. Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça. p. 342-344.

MOISES, Cristian Ricardo Prado. A superação da clássica tripartição do poder na Carta Magna de 1988: aspectos institucionais. *Repositório Institucional PUCRS*, 2007, Editora Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10923/2279>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Independência Técnico-Funcional da Advocacia de Estado. *Revista de direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 3-5.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A nova classificação de funções essenciais para uma democracia eletiva e seletiva pós-moderna. In: *Advocacia Pública Federal: Afirmação como Função Essencial à Justiça*. Brasília: Conselho Federal da OAB.

SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. Cooperação e eficiência nos contratos públicos: abordagem normativa e o papel da Advocacia Pública. *Revista de direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, v. XXIV, (coord. Nicola Tutungi Júnior e Rodrigo Crelier Zambão da Silva), 2016, p.76.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da administração. *Revista da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, 2005, p. 35.

URBINATI, Nadia. *Representative democracy: principles and genealogy*. University of Chicago Press, 2006.