ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
ESCOLA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Publicações da Escola da AGU

Pós-Graduação em Direito Público - UnB

01

Publicações da
Escola da AGU

Pós-Graduação em Direito Público - UnB

2009

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia Geral da União

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar -
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 3105-9970 e 3105-9968
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Jerfferson Carús Guedes	Diretor
Juliana Sahione Mayrink Neiva	Coordenadora-Geral

Apoio Institucional:	Escola da AGU
Coordenação (Série Publicações da Escola da AGU):	Jefferson Carús Guedes Juliana Sahione Mayrink Neiva
Secretaria Editorial:	Antonio Barbosa da Silva Niuza Gomes Barbosa de Lima
Planejamento Visual e Capa:	Niuza Gomes Barbosa de Lima

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

P976 Publicações da Escola da AGU: pós-graduação em direito público – UnB: coletânea de artigos/Coordenação de Jefferson Carús Guedes; Juliana Sahione Mayrink Neiva. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010.
386 p.
(Série Publicações da Escola da AGU, 1)
ISBN 978-85-63257-04-8

1.Direito público – artigos – Brasil I. Título. II. Série

CDD 341 (81)

Ficha catalográfica: Ana Paula Soares de Araujo (Bibliotecária - CRB1/1176)

SUMÁRIO

Editorial. 5

ARTIGOS

Suspensão de Segurança, de Liminar e de Antecipação dos Efeitos da Tutela no Supremo Tribunal Federal
Alisson da Cunha Almeida 7

Aplicação Direta dos Direitos Fundamentais Sociais, Econômicos, Culturais e Ambientais pela Administração Pública - uma Análise sob a Perspectiva do Direito Público Contemporâneo
André Navarro Fernandes 33

Princípio Constitucional da Eficiência: uma Análise Sociológica, Histórica e Política
Douglas Vitoriano Locateli 67

Punindo o Estado Sem Culpa: Responsabilidade Civil Objetiva conforma-se com Punitive Damages?
Felipe Dantas de Araújo 91

Novos Desafios das Agências Reguladoras: A Manutenção de sua Autonomia
Flávia Oliveira Tavares 121

Reflexões Sobre o Direito na Pós-Modernidade
Getúlio Eustáquio de Aquino Júnior 147

A Aproximação dos Sistemas de Fiscalização da Constitucionalidade e a Tendência de Objetivação do Controle Difuso
João Luiz França Barreto 167

O Acordo de Leniência na Investigação Antitruste: Da Legislação ao Leading Case Brasileiro
Lívia Cardoso Viana Gonçalves 199

Concurso Público e Meritocracia.
Parâmetros para uma Análise Jurídica
Luiz Felipe Cardoso de Moraes Filho 229

A Necessidade dos Prazos Especiais
para a Fazenda Pública atuar em Juízo
Micheline Silveira Forte Bezerra 257

Do Regime Jurídico do Advogado Empregado da
Administração Pública no Estado Democrático de Direito: uma
interpretação constitucional a partir do princípio da igualdade
Paulo Roberto Gonçalves Júnior.....281

O Controle Judicial da Execução das Políticas Públicas no Brasil
Renata Elisandra de Araujo 307

Dos Limites da Atuação Judicial na Revisão dos Atos das Bancas
Examinadoras de Concursos Públicos: Crítica à Jurisprudência do STF
Silton Batista Lima Bezerra 335

A Ouvidoria Pode Combater Injustiças? Limites e Possibilidades
do Instituto na Administração Pública Brasileira
Simone Petraglia.....363

EDITORIAL

A edição da "Série – Publicações da Escola da AGU" evidencia mais um trabalho que se desenvolve na Escola da Advocacia-Geral da União, desta vez em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, na realização do Curso de Pós-graduação em Direito Público. Apresentá-lo é o grande desafio desta publicação.

O que o leitor vai encontrar nas páginas que se seguem é a expressão e a pulsação da Escola de uma Instituição de Estado que se preocupa com a difusão e a divulgação do conhecimento, oriundo dos integrantes das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, e acolhe suas urgências e as transforma em motivação para a pesquisa essencial na formação de sujeitos críticos e cidadãos conscientes, além de competentes profissionais.

Nesse contexto, insere-se a preocupação da Escola da AGU com a manutenção de um fórum de debates à altura dos desafios do momento presente, plural e multifacetada, com a participação de seus integrantes, instada a exteriorizar suas contribuições e reflexões sobre o espectro de temas jurídicos, permeada de um sentimento ético profundo.

Os temas de Direito Público foram compilados e tiveram como objetivo explorar inúmeras repercussões do tratamento da coisa pública voltadas à cidadania, aos direitos humanos e à democracia, como proposta de um novo diálogo que se busca travar com a sociedade.

Os artigos que compõem essa edição possuem uma temática afeta às ações da advocacia pública federal bastante diversificada, característica dos trabalhos desenvolvidos no âmbito da Advocacia-Geral da União, comprometidas com o seu tempo e com o seu lugar.

Finalmente, apresenta-se uma iniciativa que tem como referência a importância do aperfeiçoamento científico e profissional dos integrantes das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, voltada à complexidade da realidade jurídica contemporânea.

Maria Tereza Barros Viana
Coordenadora do Núcleo de Ensino da Escola da AGU

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA, DE LIMINAR E DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Alisson da Cunha Almeida
Advogado da União lotado no Departamento de Controle Difuso de Constitucionalidade da Secretaria-Geral de Contencioso Gabinete do Advogado-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução. 1 Natureza jurídica do pedido de suspensão. 2 Fundamento do pedido de suspensão. 3 Pressupostos do pedido de suspensão. 4 Legitimidade para o ajuizamento do pedido de suspensão perante o Supremo Tribunal Federal. 5 Fixação da competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de suspensão. 6 Procedimento do pedido de suspensão no Supremo Tribunal Federal. 7 Duração da suspensão concedida. 8 Concomitância entre pedido de suspensão e agravo. 9 Recurso contra decisão do Supremo Tribunal Federal que aprecia o pedido de suspensão. 10 Da renovação do pedido de suspensão no Supremo Tribunal Federal. 11 Suspensão de várias decisões similares e pedido de aditamento. 12 Conclusão. 13 Referências.

RESUMO: Há decisões judiciais que, não obstante estarem perfeitas do ponto de vista formal e material, podem, se executadas antes do seu trânsito em julgado, configurar grave lesão a interesse público relevante. Diante dessa constatação, o ordenamento jurídico previu o instituto da suspensão de decisões judiciais. A regulamentação desse incidente processual, contudo, é lacunosa e assistemática.

Diante de tal quadro, o Supremo Tribunal Federal vem realizando interpretação sistemática das diversas normas regentes, utilizando os dispositivos umas das outras de maneira complementar, independentemente do provimento a ser suspenso (acórdão, sentença ou liminar) ou da ação em que foi proferido (mandado de segurança, ação ordinária, ação cautelar, ação civil pública etc.). Isso, contudo, vem causando insegurança àqueles que utilizam o mencionado incidente, tornando premente a necessidade de edição de lei que consolide e regulamente o tal tema.
PALAVRAS-CHAVE: Suspensão. Decisão judicial. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: There are judicial decisions that, besides being considered perfectregarding formal and material aspects, may, if executed before theyare considered res judicata, represent severe damage to what is calledrelevant public interest. Considering this issue, our judicial systemenvisions an institute based on the suspension of judicial decisions.The regulation of this practice, however, has proven to beunsystematic and inaccurate.

This way, the Supreme Court has been carrying out a systematicinterpretation of the several ruling norms, applying their features ina complementary way, independent of the decision to be suspended(court decision, judicial sentence, preliminary verdict) or thelawsuit in which was pronounced a writ of mandamus, common lawsuit,injunctive relief or public civil action. This has caused somehowuncertainty from the part of those who are supposed to use the abovementioned incident. These matters highlight the need for the editionof a new law, which will end up consolidating and regulating such subject.
KEY WORDS: Suspension. Judicial decision. Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Há decisões judiciais que, não obstante estarem perfeitas do ponto de vista formal e material, podem, se executadas antes do seu trânsito em julgado, configurar grave lesão a interesse público relevante. Diante dessa constatação, o ordenamento jurídico pátrio previu o instituto da suspensão de decisões judiciais.

Por encontrar-se previsto de maneira fragmentada em diversos diplomas normativos, o regramento do pedido de suspensão padece de assistematicidade, causando, muitas vezes, insegurança àqueles que o utilizam, além de dar margem a abusos por parte dos legitimados e do Poder Judiciário.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, não obstante a fixação legal e jurisprudencial de alguns parâmetros, inexiste uma sistemática clara acerca dos requisitos, do processamento e do julgamento do pedido de suspensão, ensejando variações conforme a sua composição.

Em razão dessas dificuldades, pretende o presente trabalho, com base nas normas regentes, em estudos doutrinários e na jurisprudência, traçar algumas diretrizes e esboçar um panorama acerca dos pedidos de suspensão perante a mencionada Corte.

1 NATUREZA JURÍDICA DO PEDIDO DE SUSPENSÃO

O pedido de suspensão não pode ser considerado ação por lhe faltar os requisitos para tanto, como citação, obrigatoriedade de contraditório, proferimento de decisão terminativa e, conseqüentemente, a capacidade para produzir coisa julgada[1].

Por não atender ao princípio da taxatividade, segundo o qual os recursos são somente aqueles previstos em lei, em *numerus clausos*, também não detém natureza recursal. Além disso, conforme observado por Leonardo da Cunha[2], não possui o condão de reformar, anular ou desconstituir a decisão. Carece, desse modo, do efeito substitutivo, peculiar aos recursos, aludido no art. 512[3] do Código de Processo Civil.

---

1 Cf. OLIVEIRA, Angelina Mariz de. Suspensão de Liminar e de Sentença em Mandado de Segurança, na Jurisprudência das Cortes Superiores. p. 10. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, vol. 36, p. 9-22, março 2006.

2 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 435.

3 Lei nº 5.869/73: "Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso".

Assim, não cabe ao julgador avaliar a correção ou o equívoco[4] da decisão, mas sua potencialidade lesiva a interesses superiormente protegidos. Pode ser, inclusive, que a liminar, sentença ou acórdão seja juridicamente irretocável, mas, ainda assim, enseje risco de dano aos valores que a norma buscou proteger.

Por não ser dotado de efeito substitutivo, também não pode ser considerado um sucedâneo recursal[5], como o pedido de reconsideração.

Diante disso, conclui-se que o pedido de suspensão é um incidente processual de nítido caráter contracautelar[6], com regime de litigiosidade limitada, cuja apreciação, segundo os Tribunais, inclusive os Superiores, não envolve uma atividade exclusivamente jurisdicional, implicando, também, uma apreciação política[7].

A Ministra Ellen Gracie, em artigo sobre o tema, afirma que:

> [...] nesta excepcional autorização, a Presidência exerce atividade eminentemente política avaliando a potencialidade lesiva da medida concedida e deferindo-a em bases extra-jurídicas. Porque não examina o mérito da ação, nem questiona a juridicidade da medida atacada, é com discricionariedade própria de juízo de conveniência e oportunidade que a Presidência avalia o pedido de suspensão.[8]

4 Há uma exceção prevista na Lei nº 8.437/92, que, em seu art. 14, prevê o cabimento de suspensão no caso de flagrante ilegitimidade do provimento de urgência deferido. Nesse caso, por haver *error in judicando*, também é possível a interposição de recurso.

5 Sucedâneos recursais são meios de impugnação não recursais a decisões judiciais.

6 "E M E N T A: I. Suspensão de segurança: natureza cautelar e pressuposto de viabilidade do recurso cabível contra a decisão concessiva da ordem. A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia pleno do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão interesses públicos privilegiados - a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do fumus boni juris que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante. [...]". (SS-AgR nº 846/DF, Acórdão do Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 08/11/1996).

7 Nesse sentido, Angelina de Oliveira, *in verbis*: "Essas características levam o Judiciário a definir a suspensão da segurança como um procedimento incidental de cunho político (AgRgSS 1.457/MT, Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial do STJ, DJU I de 19/09/05, p. 173) e como um 'regime de litigiosidade limitada' (SS AgRg-QO nº 1.946 /AL, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno do STF, DJU I de 01/03/03, p. 102)." (OLIVEIRA, Angelina. Op. cit. p. 10).

8 NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de Sentença e de Liminar. p. 184. In: *Revista de Processo Civil*, São Paulo, ano 25, vol. 97, janeiro-março 2000.

Nesse tocante, discorda Leonardo da Cunha[9] ao argumento de que uma decisão administrativa não pode atingir uma decisão judicial.

Esclarece, ainda, que a atividade administrativa é exercida de ofício, já a jurisdicional decorre do princípio dispositivo, exigindo provocação da parte. No caso das suspensões, o julgador não pode agir de ofício, necessitando, sempre, de provocação.

Conclui afirmando que, não obstante os Tribunais Superiores atribuam ao pedido de suspensão natureza de atividade político-administrativa, tal incidente ostenta nítida feição jurisdicional.

Além de todos esses argumentos, também deve ser observado que, apesar de as diversas leis regentes pregarem que o julgador *poderá* suspender decisões judiciais, não se trata de juízo discricionário, pois, demonstrada e provada a grave lesão ou o perigo a interesse público relevante, o sobrestamento do *decisum* é medida que se impõe.

Assim, não pode o julgador, reconhecendo o perigo ou a lesão a interesse público relevante, deixar de suspender a decisão.

Esta, inclusive, é a posição de Marcelo Abelha:

> Não há discricionariedade no julgamento do incidente de suspensão de execução de decisão judicial. Cumprido o juízo de admissibilidade, e atendidos os pressupostos, deve o magistrado conceder a medida.[10]

Por todos esses motivos, não obstante a jurisprudência da Corte Suprema, o pedido de suspensão deve ser entendido como incidente processual de natureza jurisdicional.

2 FUNDAMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO

Discorrendo sobre o fundamento do pedido de suspensão, sustenta Cândido Rangel Dinamarco[11] que, na técnica processual, a lesão ou a ameaça a interesse público relevante constitui fato impeditivo do direito do impetrante aos efeitos da liminar ou sentença. Em seguida, afirma:

> O raciocínio completo é este: a) considerando os fatos inerentes ao litígio em si mesmo, o impetrante pode ter direito ao *writ* e aos seus efeitos; b) mas o Estado tem o direito à preservação daqueles

9 CUNHA, Leonardo. op. cit. p. 437-438.

10 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 253.

11 DINAMARCO, op cit., p. 191-206.

valores de que a Constituição e a lei o instituem guardião; c) em conseqüência, a ordem jurídica afasta os efeitos da medida concedida, para que prepondere o culto a tais valeres.

Assim, trata-se de instituto "coexistencialmente ligado ao interesse público que em certas situações se sobrepõe legitimamente ao interesse de indivíduos ou grupos[12]".

Por se tratar de uma medida de contracautela, o fundamento constitucional do pedido de suspensão de decisões judiciais encontra-se no art. 5º, inciso XXXV[13], da Constituição da República, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (princípio da inafastabilidade da apreciação judicial).

No plano infraconstitucional, a primeira lei a trazer tal instituto foi a de número 191, de 16 de janeiro de 1936, que regulamentava o mandado de segurança previsto na Constituição de 1934. Daí a denominação original ter sido *suspensão de segurança.*

Atualmente, há diversos atos normativos que tratam desse tema. Destacam-se os seguintes:

a) Lei nº 4.348/64: dispõe sobre o procedimento do mandado de segurança. Traz as balizas do incidente da suspensão, prevendo o cabimento de agravo, em 10 (dez) dias, da decisão que o defere;

b) Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal[14]: prevê o pedido de suspensão no art. 297, no título relativo aos processos incidentes, densificando a regulamentação do instituto e trazendo a possibilidade de formação de contraditório, com a oitiva do impetrante e do Ministério Público;

c) Lei nº 7.347/85[15]: trata do procedimento da ação civil pública e praticamente repete os termos da Lei nº 4.348/64, exceto quanto ao prazo relativo ao recurso de agravo, fixado em 5 (cinco) dias;

12 DINAMARCO, op cit., p. 191-206.

13 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: "Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;".

14 O Supremo Tribunal Federal decidiu que o seu regimento interno, publicado no Diário Oficial da União de 27 de outubro de 1980, tem força de lei, mesmo perante a Constituição Federal de 1988 (SS-QO nº 260/PB, Acórdão do Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 05/05/89).

15 Lei nº 7.347/85: "Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. § 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão

d) Lei nº 8.038/90[16]: institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Traça regras sobre a competência, legitimados, requisitos etc. do pedido de suspensão;

e) Lei nº 8.437/92[17]: disciplina a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e institui o *regime geral* do pedido de suspensão de liminar ou de sentença. Além da lesão a interesses públicos relevantes, apresenta como motivo ensejador do pedido de suspensão a flagrante ilegitimidade do provimento de urgência deferido (decisões *teratológicas*). Aplica-se às liminares e sentenças proferidas em ações cautelares inominadas, em ações populares e em ações civis públicas, além de, por força da Lei nº 9.494/92[18], às tutelas antecipadas concedidas contra a Fazenda Pública;

f) Lei nº 9.507/97[19]: regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Prevê o cabimento do pedido de suspensão, mas nada acrescenta ao seu regramento.

---

fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato".

16 Lei nº 8.038/90: "Art. 25. Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da *pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança* e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. § 1º O Presidente pode ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral quando não for o requerente, em igual prazo. § 2º Do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental. § 3º A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado".

17 Lei nº 8.437/92: "Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas".

18 Lei nº 9.494/92: "Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992".

19 Lei nº 9.507/97: "Art. 16. Quando o habeas data for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida".

Ressalte-se, que, não obstante estas normas ora se referiram à suspensão de segurança ora à suspensão de liminares, o fato é que os seus dispositivos, salvo algumas exceções que serão apontadas, vêm sendo aplicados, por construção jurisprudencial, a todos os pedidos de suspensão.

3 PRESSUPOSTOS DO PEDIDO DE SUSPENSÃO

São pressupostos para o pedido de suspensão:

1) Existência de provimento judicial de efeitos imediatos.

Conforme afirmado por Fredie Didier Jr. e Leonardo da Cunha[20], o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses nas quais se concede provimento de urgência contra a Fazenda Pública ou quando a decisão de mérito tem efeitos imediatos, por ser impugnada mediante recurso desprovido de efeito suspensivo.

Assim, podem ser suspensas decisões liminares (cautelares ou antecipatórias), sentenças e acórdãos, contanto que dotadas de efeitos imediatos e ainda não transitadas em julgado.

2) Perigo ou grave lesão a interesse público relevante.

Constituem interesses públicos relevantes, nos termos das leis acima citadas, apenas a ordem, a saúde, a economia e a segurança públicas. Trata-se, portanto, de descrição taxativa.

Não é óbice ao ajuizamento do pedido o início da execução de um ato continuado. Contudo, se a lesão já estiver concretizada e exaurida, não haverá interesse na instauração do incidente, pois este não se presta à reparação de danos.

3) Manifesto interesse público na suspensão da decisão ou flagrante ilegitimidade do provimento a ser suspenso (decisão *teratológica*).

No caso de flagrante ilegitimidade do provimento a ser suspenso, haverá *error in judicando*. Assim, o interessado também terá subsídio para interpor recurso, se cabível.

---

20 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. III, 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 461.

4 LEGITIMIDADE PARA O AJUIZAMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O pedido de suspensão, nos termos das leis citadas, poderá ser ajuizado por pessoa jurídica de direito público, ou seja, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias[21] e fundações públicas, além do Ministério Público. Esta é, portanto, a regra geral.

Destaque-se que o legitimado não precisa ser parte do processo que originou a decisão a ser suspensa. O incidente, não raro, é o primeiro momento em que ele intervém no feito. A partir desse momento, deixa de ser um terceiro prejudicado e passa a ser mais um sujeito processual.

Embora não se encaixem no conceito de pessoa jurídica de direito público, as concessionárias de serviço público, aí incluídas as empresas privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista, também detêm legitimidade para o seu ajuizamento, desde que atuem na defesa da atividade objeto da concessão e para evitar dano a interesse público relevante[22]. Esclarece, todavia, a Ministra Ellen Gracie[23] que a matéria não é pacífica e que a estreiteza dos argumentos da suspensão recomendam que se restrinja a titularidade às pessoas jurídicas que possam legitimamente invocar a defesa dos interesses públicos relevantes.

Além disso, também contam com legitimidade, excepcionalmente, os órgãos não personificados, quando agem em defesa de suas prerrogativas institucionais, como os Tribunais de Contas[24].

---

21 Estão incluídas as agências reguladoras, por serem autarquias especiais.

22 "DECISÃO: [...] Este Supremo Tribunal tem, em algumas ocasiões, reconhecido legitimidade às concessionárias de serviços públicos para comporem o pólo ativo dos pedidos de contracautela. Isto só se dá, entretanto, quando tais empresas persigam, na via judicial, interesse nitidamente público. Assim observou o Ministro Maurício Corrêa em decisão proferida nos autos da SL 34 (DJ de 24.3.2004): "[...] não é sempre que se pode admitir no pólo ativo dos pedidos de contracautela entidades da administração indireta ou concessionárias de serviço público, mas somente nos casos em que essas pessoas jurídicas estejam investidas na defesa do interesse público, em face da natureza dos serviços públicos sob concessão". (Pet nº 3437/RJ, Decisão da Presidência, Min. Vice-Presidente Ellen Gracie, DJ 01/08/2005).

23 NORTHFLEET, op. cit., p. 186.

24 "DECISÃO: *Não obstante* a literalidade das normas inscritas no art. 4º da Lei nº 4.348/64 e no art. 25 da Lei nº 8.038/90 - que se referem, *unicamente*, às pessoas jurídicas de direito público e ao Chefe do Ministério Público -, entendo que *órgãos não-personificados*, como os Tribunais de Contas, *dispõem* de legitimidade para pleitear a suspensão de segurança, desde que o façam com o objetivo de preservar as suas prerrogativas institucionais. [§] [...] Daí o magistério autorizado de HELY LOPES MEIRELLES ("*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*", p. 61, 14. ed. 1992, Malheiros), que também reconhece legitimidade ativa aos *órgãos não-personificados*, para a providência excepcional da suspensão da liminar ou da segurança: 'A redação deste dispositivo é, evidentemente, defeituosa, porque não só a entidade pública como, também, o órgão *interessado* têm

Também em razão da existência de interesse público, já se admitiu o ajuizamento de pedido de suspensão por Chefe do Poder Executivo[25] alijado do exercício do mandato por medida liminar. Trata-se, portanto, de situação excepcional, pois o Chefe do Poder Executivo não atua em nome da pessoa jurídica que representa, mas sim em seu próprio nome.

Há quem defenda[26] que, por estratificar pretensão à tutela de direitos coletivos transcendentes aos interesses da pessoa jurídica de direito público, o pedido de suspensão também pode ser manejado por todos os legitimados à propositura de ação civil pública ou de outra ação coletiva, bem como por aqueles que sofram lesão, em extensão coletiva ou transcendente, que abale um dos interesses públicos relevantes. Esta, contudo, não é a posição dos Tribunais.

Assim, em regra, estão legitimados ao pedido de suspensão as pessoas jurídicas de direito público interno e o Ministério Público. Excepcionalmente, admitem-se pessoas jurídicas de direito privado e pessoas físicas.

5 FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA APRECIAR O PEDIDO DE SUSPENSÃO

A regra geral de fixação da competência para apreciação do

legitimidade para pleitear a suspensão da liminar ...' (grifo nosso). [...] Esse entendimento doutrinário, por sua vez, tem o *beneplácito* da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da SS nº 936-PR (AgRg), Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, deixou consignado:

'A exemplo do que se consolidou com relação ao mandado de segurança, é de reconhecer-se a *legitimação*, para requerer-lhe a suspensão, ao *órgão público não personificado*, quando a decisão questionada constitua óbice ao exercício de seus poderes ou prerrogativas' (grifo nosso)".(SS nº 1.197/PB, Decisão da Presidência, Min. Presidente Celso de Mello, DJ 22/09/1997).

25 "DECISÃO: [...] 9. Reconhecida a competência desta Corte para apreciar o feito, cumpre averiguar se o requerente possui legitimidade ativa para propô-lo. O Prefeito fora afastado do exercício do mandato pelo ato impugnado. É de reconhecer-se sua legitimidade, uma vez que o Pleno do Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de enfrentar essa questão, decidindo no sentido de que o Prefeito Municipal, alijado do exercício do mandato, por efeito de medida liminar em mandado de segurança, tem legitimidade para requerer a suspensão desta. (SS 444 Agr, Sydney Sanches, DJ de 04/09/92). [...]14. Evidencio, por isso, a presença dos pressupostos necessários à suspensão da segurança, pela ameaça de grave lesão à ordem pública, que compreende a ordem jurídico-constitucional, jurídico-administrativa e jurídico-processual (Pet (AgReg) 2066/SP, Pleno, Dj de 28.02.2003). Ante essas circunstâncias, com base no artigo 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, defiro o pedido de suspensão de liminar. Comunique-se, com urgência. Intime-se. Brasília, 12 de março de 2004. Ministro MAURÍCIO CORRÊA – Presidente". (SL nº 33/BA, Decisão da Presidência, Min. Presidente Maurício Corrêa, DJ 31/03/2004).

26 Nesse sentido: CUNHA, Leonardo. Op. cit. p. 440 e VENTURE, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, n. 5.1.5, p. 83-86.

incidente em apreço aparece no *caput* do art. 4º da Lei nº 8.437/1992[27]. Nos termos deste dispositivo, compete ao Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso a apreciação do pedido de suspensão. Assim, caberá ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a apreciação do incidente sempre que for a Corte competente para conhecer eventual recurso extraordinário em face da decisão a ser suspensa.

Corroborando a regra geral, o artigo 297, *caput*, do RISTF[28] dispõe que as decisões objeto de pedido de suspensão cingir-se-ão àquelas proferidas em *única* (competência originária) ou *última* (competência recursal) instância, pelos tribunais locais (Tribunais de Justiça) ou federais (Tribunais Regionais Federais).

O art. 25 da Lei nº 8.038/1990[29], por sua vez, ressalva a competência da Corte Suprema aos casos que tenham por fundamento *matéria constitucional.*

Ressalte-se, todavia, que a regra geral não se aplica às decisões monocráticas atacáveis por agravo interno, pois, se fosse seguida, o pedido de suspensão deveria ser apreciado pelo presidente do próprio tribunal ao qual pertence o juízo prolator da decisão a ser sobrestada, e não pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal Justiça. Perante a Suprema Corte, inclusive, é firme a jurisprudência[30]

27 Lei nº 8.437/92: "Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas".

28 Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, publicado no Diário Oficial da União de 27 de outubro de 1980. "Art. 297. Pode o Presidente, a requerimento do Procurador-Geral, ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar, ou da decisão concessiva de mandado de segurança, proferida em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais".

29 Lei nº 8.038/90: "Art. 25. Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal".

30 "Ementa: Suspensão de segurança. Agravo regimental. Assente e o entendimento do STF no sentido de que, para cassar os efeitos de liminar, não cabe agravo regimental ao Plenário ou ao Órgão Especial da mesma Corte em que o relator de mandado de segurança haja deferido medida cautelar. Também não e competente, a tanto, o Presidente do mesmo Tribunal. Diante da norma do art. 25, da Lei n. 8.038/1990, a competência para suspender a liminar concedida pelo relator do mandado de segurança, em Tribunal de Justiça, e do Presidente do Supremo Tribunal Federal, se o pedido tiver fundamentação constitucional, ou do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, se a fundamentação do pedido for

no sentido de ser sua a competência para cassar decisões monocráticas proferidas por membros de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, quando relativas à matéria constitucional, cabendo reclamação[31] ao Supremo Tribunal Federal em caso de desrespeito.

A definição acerca da natureza da matéria, de acordo com Leonardo Carneiro da Cunha[32], decorrerá da verificação dos pontos prequestionados na decisão passível de recurso. Assim, se o prequestionamento for de matéria constitucional, o pedido de suspensão será dirigido ao Presidente do Supremo Tribunal Federal e se for de índole infraconstitucional, será apreciado pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Não se pode, contudo, concordar com esta afirmação, pois o prequestionamento não é requisito para o conhecimento dos pedidos de suspensão. Assim, mesmo que a matéria constitucional não tenha sido suscitada, se na demonstração da plausibilidade jurídica do incidente ficar evidente que a causa de pedir tem natureza constitucional, caberá à Suprema Corte a apreciação do instituto em comento.

Caso o fundamento do pedido de suspensão envolva matéria constitucional e infraconstitucional, a competência para apreciá-lo será do Presidente do Supremo Tribunal Federal[33], como, aliás, se infere do art. 25 da Lei nº 8.038/90.

Assim, a matéria constitucional absorve a infraconstitucional[34]. Não cabe, portanto, a incidência, por analogia, do art. 543, *caput*, do Código de Processo Civil[35], pois apenas as regras de fixação de competência para apreciar os recursos podem ser invocadas no pedido de suspensão, não se lhes aplicando, contudo, aquelas relativas ao processamento destes.

---

de nivel infraconstitucional. No caso concreto, porque já efetuado o pagamento que se determinou na liminar, prejudicado fica o pedido de suspensão dos efeitos da liminar e, por via de conseqüência, o agravo regimental". (SS-AgR nº 304/RS, Acórdão do Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 19/12/1991).

31 A reclamação é uma ação cível constitucional prevista no art. 102, inciso I, 'l', da Constituição Federal de 1988 cujos objetivos são a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e a garantia da autoridade de suas decisões.

32 CUNHA, op. cit., p. 444.

33 Ibid.

34 Nesse sentido: Acórdão unânime da Corte Especial do STJ, SS-Ag nº 205/PE, Rel. Min. Bueno de Souza, Rel. p/ acórdão Min. Costa Leite, DJ de 3/3/1997.

35 Lei nº 5.869/73: "Art. 543. Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça".

6 PROCEDIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma vez protocolado no Supremo Tribunal Federal, independentemente do nome atribuído na petição inicial, o pedido de suspensão será enquadrado, conforme a natureza da decisão a ser sobrestada, em uma das seguintes classes: Suspensão de Segurança (SS), Suspensão de Tutela Antecipada (STA) e Suspensão de Liminar (SL)[36].

A instauração do incidente sempre dependerá de provocação, mediante petição avulsa, dirigida ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, não sendo possível a sua concessão de ofício. Trata-se, portanto, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco[37], de um *ônus absoluto*, sem o qual se veda por completo a obtenção do benefício.

Pode ser ajuizado enquanto perdurar o risco ou a grave lesão a um dos interesses públicos relevantes e até o trânsito em julgado da decisão. Ressalte-se que não é imprescindível que o pedido seja formulado incontinenti à prolação da medida judicial.

Caracterizada a urgência, o requerente poderá deduzir pedido de suspensão liminar, ou seja, prescindindo-se da oitiva prévia da parte interessada e do Ministério Público.

Contudo, em razão de expressa previsão do art. 4º, § 7º, da Lei nº 8.437/1992[38], e do poder geral de cautela conferido aos magistrados nos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil[39], pode o julgador, a despeito da existência de requerimento específico na petição de suspensão, concedê-la liminarmente.

---

36 Até agosto de 2008, foram protocolados no Supremo Tribunal Federal 161 (cento e sessenta e um) pedidos de suspensão de segurança, 76 (setenta e seis) pedidos de tutela antecipada e 46 (quarenta e seis) suspensão de liminar (STF. Pesquisa por classe: Processos Protocolados, Distribuídos e Julgados por classe processual - 1990 a 2008. 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica& pagina=pesquisaClasse>. (Acesso em 23. set.2008).

37 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Suspensão do Mandado de Segurança pelo Presidente do Tribunal.* In: Revista de Processo, São Paulo, ano 27, vol. 105, p. 191-206, janeiro-março 2002.

38 Lei nº 8.437/92: "Art. 4º [...] § 2o O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas."

39 Lei nº 5.869/73: "Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução".

Ressalte-se que a apreciação da suspensão é uma atribuição da Presidência enquanto órgão jurisdicional, e não do Tribunal. Assim, a Corte apenas apreciará o pedido se, da decisão proferida por seu Presidente, for interposto recurso de agravo.

Embora não haja na legislação regente a previsão de requisitos formais, o requerente, em sua petição, deverá narrar os fatos e fundamentos da demanda em que foi proferida a decisão que se pretende sobrestar. Além disso, deverá trazer o seu teor e apontar o dano ou o risco a pelo menos um dos interesses públicos relevantes. Por fim, deverá ser requerida a suspensão da decisão.

Quanto aos documentos, é imprescindível que seja juntada cópia da decisão a ser suspensa. Além disso, devem ser anexados todos aqueles eventualmente necessários à comprovação do risco ou dano a interesse público relevante, como planilhas, perícias, gráficos, matérias jornalísticas etc. É prudente, também, que seja juntada uma cópia da petição inicial da ação em que foi concedido o *decisum.*

Apresentado o pedido de suspensão, o Presidente poderá adotar uma das seguintes medidas:

1) Determinar a emenda ou a complementação da petição[40];

2) Conceder ou rejeitar liminarmente a suspensão;

3) Determinar a intimação do autor da ação na qual foi proferida a decisão objeto do pedido de suspensão e do Ministério Público para que se pronunciem em 72 (setenta e duas) horas;

4) Deferir ou indeferir o pedido.

Percebe-se, portanto, que no incidente de suspensão a prova deverá ser pré-constituída, não havendo oportunidade para dilação.

Do mesmo modo, o juízo prolator da decisão a ser suspensa não é instado a prestar informações.

Apesar disso, nada impede que o Presidente do Tribunal requeira esclarecimentos acerca de fatos ou a juntada de cópia de alguma peça dos autos no qual foi proferida a decisão a ser suspensa[41]. Tais determinações, entretanto, devem se restringir a questões pontuais, não

40 Cf. CUNHA, Leonardo. Op. cit. p. 451.

41 "DESPACHO: Providencie o requerente cópia integral do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento do agravo de instrumento n.º 2007.01.00.010954-7 (DJ 06.07.2007)". (STA nº 170, Despacho da Presidência, Min. Presidente Ellen Gracie, DJ 28/11/2007).

cabendo, por exemplo, a abertura de prazo para que o requerente prove os fatos que foram alegados em sua petição.

Caso a prova não tenha sido juntada ou o pleito do requerente seja manifestamente improcedente – v.g, por ausência de violação a um dos interesses públicos relevantes –, o Presidente indeferirá, liminarmente, o pedido de suspensão.

Estabelece o art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.437/92[42] que o Presidente *pode*, também, instaurar um contraditório, colhendo manifestação do autor da ação originária e do Ministério Público no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Não obstante a dicção legal, o contraditório prévio não deveria ser entendido como mera faculdade do julgador, podendo, tão-somente, ser postergado nos casos em que houver comprovada urgência na concessão da liminar prevista no § 7º do mencionado artigo da Lei nº 8.437/1992. Defende-se, assim, que essa dispensa é apenas momentânea, pois o autor da ação originária não pode ser impossibilitado de se manifestar em pleito que visa à retirada da eficácia de provimento jurisdicional que lhe fora deferido nos termos da lei[43].

Essa, contudo, não é a posição do Supremo Tribunal Federal, para o qual a abertura do contraditório no pedido de suspensão é uma faculdade da sua Presidência. Assim, a parte interessada, em regra, só será ouvida se interpuser agravo da decisão suspensiva.

No que tange à participação do Ministério Público, o momento processual tem variado de acordo com o Ministro que esteja ocupando a Presidência do Supremo Tribunal Federal. Na gestão passada, por exemplo, quando a Corte Suprema encontrava-se presidida pela Ministra Ellen Gracie, a abertura de prazo para manifestação do Procurador-Geral da República nos pedidos de suspensão ocorria antes do proferimento da liminar. Atualmente, na gestão do Ministro Gilmar Mendes, a praxe vem sendo a apreciação do pedido liminar, seguida da abertura de vista ao Ministério Público Federal.

Quanto ao mérito, observa-se que a sede é eminentemente fática, constituindo incorreção técnica discorrer a fundo sobre a matéria da ação

---

"DESPACHO: Intime-se o INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS RENOVÁVEIS – IBAMA para, em 10 dias, prestar informações sobre (1) a existência de agravo interposto contra a decisão que indeferiu o pedido de suspensão no TRF da 1ª Região e sobre (2) a existência de acórdão que o julgou, sob pena de negativa de seguimento ao pedido". (STA nº 249, Despacho da Presidência, Min. Presidente Gilmar Mendes, DJ 04/08/2008).

42 Lei nº 8.437/92: "Art. 4º [...]

§ 2o O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas."

43 Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo. Op. cit. p. 468.

em que foi prolatada a decisão a ser suspensa[44]. Além disso, observa-se que a sua fundamentação é vinculada, devendo abrigar-se em uma das hióteses previstas em lei, não podendo ser invocado argumento diverso, como a complexidade da matéria, a discutibilidade da tese jurídica da ação originária, a falta de liquidez e certeza do direito do impetrante etc.

Não obstante isso, entende o Supremo Tribunal Federal que a incursão, superficial e não exauriente, no mérito da demanda é providência exigida pela própria natureza jurídica da suspensão (incidente processual contracautelar).

Assim, contrapondo-se aos pressupostos autorizadores da tutela que o pedido de suspensão objetiva sustar, fará o Presidente *juízo mínimo de delibação* sobre a periclitação dos interesses públicos relevantes, permitindo um exame meritório não-exaustivo na apreciação do pleito suspensivo. A esse respeito, cumpre transcrever o seguinte aresto:

> [...] Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão-somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um *juízo mínimo de delibação* a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001.[45] (grifo do autor).

De tal sorte, o Supremo Tribunal Federal reconhece como requisitos imprescindíveis à concessão da suspensão tanto o *periculum in mora (seara política)*, ou seja, a comprovação de ofensa a um dos interesses públicos legalmente previstos (ordem, saúde, segurança ou economia públicas), quanto o *fumus boni juris*, relativo à plausibilidade jurídica da tese sustentada pelo ente público requerente (*seara da juridicidade*).

---

44 "[...] *Assentadas essas premissas*, cabe ressaltar, *por necessário*, que, na análise do pedido de suspensão de segurança, *não se examina*, em princípio, *o mérito da causa mandamental*, por mais relevante que seja a matéria de direito constitucional nesta discutida, *devendo* a apreciação jurisdicional limitar-se aos aspectos concernentes à *potencialidade lesiva* do ato decisório impugnado sobre a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas (*RTJ 125/904*, Rel. Min. RAFAEL MAYER - RTJ 140/366,)". (Pet/MC nº 1.343/DF, Acórdão do Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/08/1997).

45 STA nº 247, Decisão da Presidência, Min. Presidente Gilmar Mendes, DJ 1º/09/2008.

7 DURAÇÃO DA SUSPENSÃO CONCEDIDA

Estabelece o § 9º, do art. 4º, da Lei nº 8.437/92[46] que a suspensão perdurará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

Objetivou-se, assim, proteger o interesse público, evitando que, a cada nova decisão proferida dentro de um mesmo processo, o requerente tenha que apresentar outro pedido de suspensão. Contudo, inegavelmente, estimulou-se a interposição de recursos protelatórios, cujo único objetivo é evitar o trânsito em julgado da decisão de mérito no processo principal.

Optou-se, desse modo, em se conferir ultra-atividade ao provimento suspensivo, não sendo atingido pela superveniência de decisão que confirme a medida anteriormente sobrestada.

Tal regra aplica-se a todos os casos de suspensão, inclusive a de segurança, pois, embora a Lei nº 4.348/64, em seu art. 4º, § 2º[47] não faça remissão ao § 9º, do art. 4º, da Lei nº 8.437/92[48], o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 626, segundo a qual:

> A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.[49]

Acerca desse tema, ressalva Leonardo da Cunha[50] que, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para que a ultra-atividade perdure até o trânsito em julgado da decisão final em mandado de segurança, é preciso que o fundamento da sentença coincida com o da liminar. Assim, se a sentença for proferida sob novas condições de

---

46 Lei nº 8.437/92: "Art. 4o [...] § 9o A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal".

47 Lei nº 4.348/64: "Art. 4o [...] § 2o Aplicam-se à suspensão de segurança de que trata esta Lei, as disposições dos §§ 5o a 8o do art. 4o da Lei no 8.437, de 30 de junho de 1992".

48 Lei nº 8.437/92: "Art. 4o [...] § 9o A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal".

49 Ressalte-se, ainda, que, nos termos da mencionada súmula, a própria decisão suspensiva pode limitar os seus efeitos.

50 CUNHA, Leonardo. Op. cit. p. 444.

fato ou de direito que destoem do motivo que gerou a suspensão, estará, então, afastada a ultra-atividade.

A Súmula STF nº 626 justifica-se pelo fato de, ontologicamente, não haver distinção entre os pedidos de suspensão de segurança, de liminar e de tutela antecipada. Ademais, não seria razoável exigir do Poder Público que este ajuizasse outro pedido de suspensão em relação à nova decisão quando, na realidade, persistem os mesmos motivos que abalizaram o deferimento da suspensão de segurança concedida anteriormente.

Nessa interpretação congregam-se os princípios da economia processual e da supremacia do interesse público sobre o privado, além de preservar a hierarquia entre os órgãos jurisdicionais, evitando que uma decisão proferida por magistrado suplante a decisão de Tribunal[51].

Assim, uma vez suspensa a liminar pelo Supremo Tribunal Federal, se for determinado o cumprimento de decisão superveniente por Tribunal inferior, será cabível reclamação constitucional para garantir a autoridade dos julgados da Corte Suprema[52].

8 CONCOMITÂNCIA ENTRE PEDIDO DE SUSPENSÃO E AGRAVO

Por não deter natureza recursal, o pedido de suspensão pode ser ajuizado concomitantemente com recurso de agravo. Não há, portanto, qualquer violação ao princípio da unirrecorribilidade ou da

51 DIDIER JR; CUNHA, op. cit., p. 470-471.

52 "E M E N T A: RECLAMAÇÃO - LIMINAR MANDAMENTAL CONCEDIDA POR DESEMBARGADOR-RELATOR - SUSPENSÃO DA EFICÁCIA EXECUTIVA DESSE PROVIMENTO LIMINAR, DERIVADA DA OUTORGA, PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE MEDIDA DE CONTRACAUTELA (LEI Nº 4.348/64, ART. 4º) - POSTERIOR CONCESSÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DO PRÓPRIO MANDADO DE SEGURANÇA - ACÓRDÃO CONCESSIVO QUE, NÃO OBSTANTE A MEDIDA DE CONTRACAUTELA PREVIAMENTE DEFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, TORNA EFETIVO O PROVIMENTO LIMINAR ANTERIORMENTE SUSPENSO - EFEITO PROSPECTIVO QUE RESULTA DA DECISÃO EMANADA DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SEDE DE CONTRACAUTELA (LEI Nº 4.348/64, ART. 4º, C/C A LEI Nº 8.038/90, ART. 25) - DESRESPEITO À AUTORIDADE DECISÓRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECLAMAÇÃO PROCEDENTE. - A eficácia da decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, proferida no exercício do poder de contracautela (Lei nº 4.348/64, art. 4º), não obstante inicialmente limitada à suspensão de liminar mandamental, também paralisa, por efeito da prospectividade que lhe é inerente, todas as conseqüências jurídicas decorrentes da ulterior concessão do mandado de segurança, desde que o conteúdo daquele provimento liminar revele-se idêntico ao do acórdão que deferiu o "writ" constitucional. Esse efeito prospectivo - que inibe a produção da carga eficacial resultante do deferimento do mandado de segurança - perdurará até que sobrevenha o trânsito em julgado do acórdão que concedeu a ordem mandamental. Precedente. (Rcl nº 718/PA, Acórdão do Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/10/2003).

singularidade recursal. Tal regra encontra-se positivada no art. 4º, § 6º da Lei nº 8.437/1992[53].

Conforme salientado, os propósitos do agravo e do pedido de suspensão são distintos. Enquanto o primeiro serve para obter a reforma ou anulação do julgado por *error in judicando* ou *error in procedendo*, o pedido de suspensão visa sustar a execução da decisão, sem, contudo, reformá-la ou anulá-la. Ademais, enquanto o agravo subordina-se a um prazo legal, o pedido de suspensão tem como limite temporal apenas o trânsito em julgado da decisão.

9 RECURSO CONTRA DECISÃO DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE APRECIA O PEDIDO DE SUSPENSÃO

Uma vez apreciado o pedido de suspensão pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pode a parte prejudicada ingressar, unicamente, com recurso de agravo interno[54].

Há duas importantes normas que tratam do recurso de agravo no pedido de suspensão: a primeira está no art. 4º, § 3º da Lei nº 8.437/92[55], que prevê o cabimento de agravo interno, em 5 (cinco) dias, contra a decisão que defere ou indefere o pedido de suspensão, e a segunda está no *caput* do art. 4º da Lei nº 4.348/64[56], que trata do pedido de suspensão em processo de mandado de segurança, que prevê o cabimento do mencionado recurso, em 10 (dez) dias, apenas contra a decisão que defere a suspensão.

Tal distinção perdurou até a revogação da Súmula STF nº 506[57], ensejado pelo julgamento da Questão de Ordem na Suspensão de

---

53 Lei nº 8.437/92: "Art. 4º [...] § 6o A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo."

54 Além, é claro, de embargos de declaração, se na decisão que apreciou o pedido de suspensão houver contradição, omissão ou obscuridade.

55 Lei nº 8.437/92: "Art. 4º. [...] § 3o Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição".

56 Lei nº 4.348/64: "Art 4º Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato".

57 Súmula STF nº 506: "O agravo a que se refere o art. 4º da lei 4348, de 26/6/1964, cabe, somente, do despacho do presidente do supremo tribunal federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que a 'denega'".

Segurança nº 1945/AL[58], na qual restou assentado que a não previsão de agravo contra a decisão que denega o pedido de suspensão de segurança é uma lacuna do sistema que deve ser preenchida pela Lei nº 8.437/1992, fazendo com que esta, mais uma vez, exsurja como norma geral para todos os pedidos de suspensão.

Quanto aos distintos prazos previstos nas mencionadas leis, entende o Supremo Tribunal Federal que, tanto da decisão que defere, quanto da que indefere o pedido de suspensão caberá agravo em 5 (cinco) dias.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal entende que, como tal prazo está previsto especificamente para o pedido de suspensão, nele não incide a regra do art. 188 do Código de Processo Civil[59], segundo a qual os recursos interpostos pela Fazenda Pública ou pelo Ministério Público têm prazo em dobro[60].

10 DA RENOVAÇÃO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Indeferido o pedido de suspensão de tutela antecipada formulado perante Presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional

58 "*EMENTA*: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. 2. Completa reformulação da legislação, quanto à suspensão das liminares nos diversos processos, até mesmo na ação civil pública e na ação popular. 3. Disciplina assimétrica na legislação do mandado de segurança. Recorribilidade, tão-somente, da decisão que nega o pedido de suspensão em mandado de segurança. Súmula 506. 4. Configuração de lacuna de regulação superveniente. Necessidade de sua colmatação. Extensão da disciplina prevista na Lei nº 8.437, de 1992, à hipótese de indeferimento do pedido de suspensão em mandado de segurança. 5. Admissibilidade do agravo nas decisões que deferem ou indeferem a suspensão de segurança. Questão de ordem resolvida no sentido do conhecimento do agravo. Revogação da Súmula 506. 6. No mérito, em face da grave lesão causada à economia pública, o agravo foi provido, para deferir a suspensão de segurança". (SS-AgR-AgR-AgR nº 1945, Acórdão do Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 08/06/2004).

59 Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: "Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público".

60 "*EMENTA*: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. PRAZO RECURSAL. ARTIGO 188 DO CPC. PRAZO EM DOBRO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Lei 4348/64 e superveniência da Lei 8437/92. Conciliação de sistemas legais pertinentes à possibilidade de suspensão de medida liminar e de tutela antecipada. Desfazimento de aparente assimetria processual então existente entre as ações de mandado de segurança e os demais procedimentos de contracautela. Precedente do Tribunal Pleno. 2. Agravo regimental. Cabimento do recurso contra a decisão que defere ou indefere o pedido de suspensão de liminar ou de tutela antecipada, no prazo de cinco dias. Contagem em dobro do prazo para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público. Inaplicabilidade do artigo 188 do Código de Processo Civil à espécie, tendo em vista o disposto no artigo 4º, § 3º, da Lei 8437/92. Agravo regimental não conhecido". (SS-AgR-AgR nº 2.198, Acórdão do Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 02/04/2004).

Federal, é cabível, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 8.437/92[61], a renovação do pleito junto à Presidência do Supremo Tribunal Federal, desde que a causa tenha por fundamento matéria constitucional.

Saliente-se que, não obstante a dicção legal, a propositura do novo pedido suspensivo não se condicionava à interposição ou ao julgamento de agravo interno na origem.

Assim, considerando a urgência de que se revestem os incidentes processuais de contracautela, o Supremo Tribunal Federal incorporou o entendimento de que, em razão da supremacia do interesse público, deve ser dispensado, no tocante à renovação do pedido suspensivo, a interposição ou o julgamento do agravo interno na origem. Observe-se:

> 1. O Estado de São Paulo, com fundamento nos arts. 4º da Lei 8.437/92 e 297 do RISTF, propõe a presente suspensão de execução da liminar deferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Pirajuí/SP, nos autos da Ação Popular 916/2005 (453.01.2005.007219), a qual suspendeu quaisquer atos tendentes à formalização do negócio de compra e venda de imóvel rural e posterior doação, no qual seriam construídas duas penitenciárias compactas, bem como 'quaisquer atos ou obras guiados à construção de penitenciárias ou institutos similares em área do imóvel denominado Sítio Santa Alice, matriculado sob o Nº 996 do CRI local' (fls. 4 e 85-86). 2. O requerente sustenta, em síntese, o seguinte: a) competência da Presidência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei 4.348/64, redação da MP 2.180-35/2001, certo que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indeferiu o pedido de suspensão da liminar em apreço (Proc. 131.638.0/2-00, fls. 109-111). Ademais, embora a matéria deduzida na ação popular envolva violação à legislação federal, também ofende princípios constitucionais; [...] 4. Inicialmente, evidencia-se que as questões deduzidas na ação popular mencionada também têm por fundamento matéria constitucional: violação aos princípios constitucionais da Administração Pública (petição inicial, fls. 53-63). Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl

61 Lei nº 8.437/92: "Art. 4º. [...] § 4o Se do julgamento do agravo de que trata o § 3o resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário".

> 475, rel. Ministro Octavio Gallotti, Pleno, DJ 22.04.1994; Rcl 497-AgR, rel. Ministro Carlos Velloso, Pleno, DJ 06.04.2001; SS 2.187-AgR, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465, rel. Ministro Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. 5. Passo ao exame do mérito do pedido de suspensão da execução da liminar em apreço. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º e § 1º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução de liminar, no processo de ação popular, em caso de manifesto interesse público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. No presente caso, encontram-se demonstrados os referidos pressupostos [...]. 7. Ante o exposto, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92, defiro o pedido para suspender a execução da liminar (fls. 85-86) deferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Pirajuí/SP, nos autos da Ação Popular 916/2005 (453.01.2005.007219)[62].

Contudo, com a atual gestão, este posicionamento foi alterado pelo Ministro Gilmar Mendes, conforme excerto de decisão abaixo transcrita:

> [...] A Lei nº 8.437/92 (art. 4º, §3º e §4º) não deixa dúvidas de que a renovação do pedido de suspensão perante o Supremo Tribunal Federal – em verdade, um pedido de suspensão "per saltum" – somente é admitida ante a existência de julgamento proferido no agravo regimental interposto contra a decisão monocrática da Presidência do Tribunal de origem.
>
> O requerente apresentou nos autos somente cópias de decisões monocráticas da então Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (fls. 304-308 e fls. 328-330), o que não comprova o cumprimento da exigência do art. 4º, §4º da Lei nº 8.437/92, para novo pedido de suspensão perante o Supremo Tribunal Federal
>
> Intime-se o INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS RENOVÁVEIS – IBAMA para, em 10 dias, prestar informações sobre (1) a existência de agravo interposto contra a decisão que indeferiu o pedido de suspensão no TRF da 1ª Região e sobre (2) a existência de acórdão que o julgou, sob pena de negativa de seguimento ao pedido[63].

62 SL nº 110/SP, Decisão da Presidência, Min. Presidente Ellen Gracie, DJ 28.06.2006. Nesse mesmo sentido, Rcl nº 443/PI, Acórdão do Pleno, Min. Rel. Paulo Brossard. DJ 08.10.1993, e Pet nº 2.455/PA, Acórdão do Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, redator para acórdão Min. Gilmar Mendes. DJ 1º/10/2004.

63 STA nº 249, Despacho da Presidência, Min. Presidente Gilmar Mendes, DJ 04/08/2008.

Assim, a renovação de pedido suspensivo na Suprema Corte, conforme a atual gestão presidencial, está condicionada ao julgamento do agravo interposto na origem.

11 SUSPENSÃO DE VÁRIAS DECISÕES SIMILARES E PEDIDO DE ADITAMENTO

Por razões de economia processual, e com o objetivo de evitar decisões conflitantes, além de preservar o princípio da isonomia e o interesse público, pode o Presidente do Tribunal, nos termos art. 4º, § 8º, da Lei nº 8.437/1992[64], em um único julgado, suspender várias decisões deferidas, desde que tenham idêntico objeto, podendo, ainda, mediante simples pedido de aditamento, estender a suspensão a decisões que venham a ser concedidas posteriormente.

Assim, deferida uma suspensão, esta pode ter os seus efeitos estendidos a outras liminares já existentes. Do mesmo modo, a superveniência de outras liminares pode dar ensejo a pedido de aditamento, para que a decisão já concedida seja estendida a esses novos casos, evitando-se o efeito multiplicador.

Tal norma, portanto, direciona-se tanto ao passado, permitindo a suspensão de outras decisões já deferidas; quanto ao futuro, obstando que decisões concedidas após o deferimento do pedido de suspensão produzam efeitos.

Em qualquer caso, dependerá de provocação do requerente. Assim, se o objetivo for a suspensão de várias decisões já deferidas, tal pedido deverá expressamente constar da petição inicial. Nada impede, contudo, que, depois de determinada a suspensão de uma única decisão, o requerente peticione extensão dos seus efeitos a outras anteriormente concedidas.

Quanto à extensão dos efeitos da suspensão a decisões supervenientes ao deferimento do pedido inicial, basta a apresentação de petição simples.

Embora a lei não estabeleça os requisitos para a extensão dos efeitos, exigindo, tão-somente, que tenham idêntico objeto, o requerente deverá informar ao Presidente do Tribunal as decisões que pretende ver suspensas, seja na petição de extensão, seja no pedido de aditamento. Além disso, o pedido de extensão ou o aditamento devem ser instruídos com cópias das decisões a serem suspensas.

---

64 Lei nº 8.437/92: "Art. 4o [...] § 8o As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original".

12 CONCLUSÃO

O incidente de suspensão reveste-se de especial importância, seja por representar uma mitigação ao direito individual ou coletivo à obtenção de decisões judiciais de execução imediata, seja por servir de instrumento à preservação do interesse público. Não obstante isso, a sua regulamentação é lacunosa e assistemática.

Diante de tal quadro, o Supremo Tribunal Federal vem realizando interpretação sistemática das diversas normas regentes, utilizando os dispositivos umas das outras de maneira complementar, independentemente do provimento a ser suspenso (acórdão, sentença ou liminar) ou da ação em que foi proferido (mandado de segurança, ação ordinária, ação cautelar, ação civil pública etc.).

Tal técnica, embora aparentemente solucione o problema da operacionalização do incidente de suspensão, enseja a ocorrência de abusos e dissemina insegurança entre os operadores do Direito, pois os parâmetros utilizados têm variado de acordo com o Ministro que esteja ocupando a Presidência da Suprema Corte.

Assim, é premente a necessidade de edição de lei que consolide e regulamente este instituto.

13 REFERÊNCIAS

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JR, Fredie ; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão do Mandado de Segurança pelo Presidente do Tribunal. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ano 27, vol. 105, p. 191-206, janeiro-março 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de Sentença e de Liminar. In: *Revista de Processo Civil*, São Paulo, ano 25, vol. 97, janeiro-março 2000.

OLIVEIRA, Angelina Mariz de. Suspensão de Liminar e de Sentença em Mandado de Segurança, na Jurisprudência das Cortes Superiores. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, vol. 36, p. 9-22, março 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STF. *Pesquisa por classe*: Processos Protocolados, Distribuídos e Julgados por classe processual - 1990 a 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>. Acesso em: 23. set. 2008.

_____. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em: 23. set. 2008.

VENTURE, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ECONÔMICOS, CULTURAIS E AMBIENTAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO

André Navarro Fernandes
Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica do Ministério da Cultura.
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Eficácia Direta Dos Direitos Fundamentais Sociais, Econômicos, Culturais e Ambientais; 2 Vinculação Direta da Administração Pública aos Direitos Fundamentais Sociais, Econômicos, Culturais e Ambientais; 3 Reconstrução do Princípio da Legalidade Administrativa; 4 Reflexos da Releitura do Princípio da Legalidade Sobre a Atuação Normativa da Administração Pública; 5 Atuação Normativa da Administração pública Fundada Diretamente na Constituição; 6 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O artigo pretende demonstrar a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais, sob o paradigma do Estado Social e Democrático de Direito inaugurado com o advento da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, defende-se a superação da dogmática tradicional, sustentando a aplicabilidade direta do núcleo essencial desses direitos humanos, independente de previsão legal e orçamentária e, em alguns casos, até contra a manifestação do Poder Legislativo. Tendo em vista a vinculação direta da Administração Pública aos direitos fundamentais, bem como o dever-poder da função administrativa, propõe-se, à luz do direito público contemporâneo, uma releitura do princípio da legalidade administrativa, destacando suas conseqüências sobre a atuação normativa da Administração Pública, que, para plena concretização dos direitos humanos sociais, econômicos, culturais e ambientais, poderá, mediante a participação direta da população interessada, editar atos normativos fundados direta e imediatamente na Constituição, nos seus princípios explícitos ou implícitos, bem como nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

PALAVRAS CHAVES: Direitos fundamentais. Aplicação direta. Administração Pública. Princípio da legalidade. Função normativa autônoma.

ABSTRACT: The article intends to demonstrate the necessity of efetivação of social, economic, cultural and ambient the rights basic, under the paradigm of the Social and Democratic State of Right inaugurated with the advent of the Federal Constitution of 1988. In this direction, it is defended overcoming of the traditional dogmática, supporting the applicability direct of the essential nucleus of these human rights, independent of legal forecast and budgetary e, in some cases, even against the manifestation of the Legislative. In view of the direct entailing of the Public Administration to the basic rights, as well as the must-power of the administrative function, it is considered, to the light of the public law contemporary, a releitura of the beginning of the administrative legality, detaching its consequences on the normative performance of the Public Administration, who, for full concretion of social, economic, cultural and ambient the rights human, will be able, by means of the direct participation of the interested population, to directly and immediately edit established normative acts in the Constitution, in its explicit or implicit principles, as well as in treat and the international conventions to rights human beings.

KEYWORD: Basic rights. Direct application. Public administration. Principle of the legality. Independent normative function.

INTRODUÇÃO

Com o advento do Estado Constitucional de Direito, a Administração Pública assumiu papel de destaque na Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente porque passou a figurar em várias passagens do texto constitucional como destinatária do cumprimento de uma série de deveres relacionados à proteção, garantia e concretização de direitos fundamentais, entre eles os direitos sociais, econômicos, ambientais e culturais, que exigem, para sua realização, ações positivas dos poderes públicos.

Diante desse novo cenário constitucional, em que a Administração Pública aparece como verdadeira protagonista na realização de direitos humanos fundamentais, cuja aplicação imediata vincula todos os poderes constituídos, inclusive os particulares, o presente artigo discorrerá sobre a possibilidade da aplicação direta dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais pela Administração Pública, tendo sempre como norte uma ação emancipadora e comprometida com a dignidade do "outro". O trabalho, sem a pretensão de esgotar toda a problemática que o tema suscita, limitar-se-á a abordar três aspectos: a questão da eficácia desses direitos fundamentais prestacionais à luz do Estado Contemporâneo; a vinculação direta da Administração Pública aos direitos fundamentais; o princípio da legalidade administrativa e o reflexo de sua releitura sobre a função normativa da Administração Pública.

1 EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ECONÔMICOS, CULTURAIS E AMBIENTAIS

A crise de baixa efetividade da Constituição nunca será contornada enquanto não se construir uma doutrina que insista incondicionalmente, conforme bem enfatiza Friedrich Muller, na validade direta e completa de todos os textos de norma a partir da Constituição[1]. Com a superação do positivismo jurídico pelo modelo constitucional instituído pelo Estado Democrático e Social de Direito, cada vez mais juristas contemporâneos vem defendendo que a exigência de intermediação legislativa, bem

1 MÜLLER Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p.295. No dizer do autor: É bom destacar que "validade no direito", em minha concepção, tem por conteúdo igualmente a obrigação juridicamente vinculante de todos os funcionários do Estado, dos legisladores, do governo e do restante do Executivo e da justiça de concretizar, de realizar a Constituição por inteiro.[...] Uma constituição – em nosso caso, a brasileira de 1988 – não é somente uma simples lei constitucional. Ela é o fundamento diretamente obrigatório da ordem jurídica na política, na sociedade e na vida de todos no país.

como de viabilidade orçamentária para a concretização dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais não pode ser levada às últimas conseqüências, sob pena de se reduzir à zero a força normativa da Constituição e de desconsiderar o papel transformador que o novo paradigma constitucional visou implementar em direção ao resgate das promessas incumpridas da modernidade.

Lenio Luiz Streck assume uma posição crítica em relação ao pensamento tradicional da dogmática jurídica que, presa a uma hermenêutica de bloqueio, impede que o novo – o sentido da Constituição que aponta para o resgate das promessas da modernidade- venha à tona. O autor defende a necessidade de afirmar a hermenêutica como modo de deixar o fenômeno constitucional tornar-se visível, deixando-o vir à presença, ao contrário da dogmática jurídica tradicional, que vê a Constituição como mera ferramenta jurídica. Daí sustentar o autor que:

> É preciso, pois, dizer o óbvio: a Constituição constitui (no sentido fenomenológico-hermenêutico); a Constituição vincula (não metafisicamente); a Constituição estabelece as condições de agir político-estatal. Afinal, como muito bem assinala Miguel Angel Pérez, uma Constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extraem duas conclusões: que a Constituição contém mandatos jurídicos obrigatórios, e que estes mandatos jurídicos não somente são obrigatórios, mas, muito mais do que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo ordenamento jurídico[2]

Com a constitucionalização do direito, a força normativa da Constituição e de seus princípios gerou transformações no modo de pensar o direito e de interpretá-lo, abrindo-se a possibilidade de as regras e os princípios constitucionais explícitos ou implícitos constituírem fonte direta de direitos e obrigações, independente da mediação legislativa, o que impôs a superação da velha teoria positivista das fontes, que enxergava a lei como principal instrumento de expressão do fenômeno jurídico. A propósito, Lenio Luiz Streck lembra que a superação do "constitucionalismo ideológico" ocorre em três frentes: primeiro, pela teoria das fontes, uma vez que a lei já não é a única fonte, aparecendo a própria Constituição como auto-aplicativa; a segunda ocorre com a substancial alteração da teoria da norma, em face do aparecimento

2 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre.Livraria do Advogado. 2004, p.325.

dos princípios, problemática que tem relação com a própria teoria das fontes; a terceira frente dá-se no plano da interpretação.[3]

Acentua David Diniz Dantas, que a Constituição brasileira se caracteriza pela exuberante presença de princípios e valores, o que, no seu entender, revela o desejo do constituinte em atribuir à realidade uma dimensão valorativa própria, de modo a permitir a incidência direta dos princípios sobre as situações factuais, sem que seja necessária – embora não se exclua – a intermediação de regras.[4] Para Marc Frangi, citado por Daniel Sarmento, os princípios fundamentais, a partir do momento em que receberam valor constitucional, passaram a constituir direito positivo, tornando-se suscetíveis de aplicação, mesmo na ausência de qualquer lei[5], como aliás decorre da previsão expressa contida no art. 5º, § 1º da CF/88.

A Constituição brasileira consagrou um sistema aberto de regras e princípios, ao dispor que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, o que equivale a dizer que, no nosso sistema constitucional, o Poder Público pode estar obrigado a promover direitos fundamentais para além daqueles expressamente positivados no catálogo da Constituição (art. 5º, § 2º). Nesse contexto, assume especial relevância o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Tal princípio, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização dele, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5, § 2º, de nossa lei fundamental.[6]

Antônio Carlos Wolkmer bem ressalta que é imprescindível ter como ponto de partida para qualquer reflexão sobre direito e justiça a inclusão do paradigma da "vida humana" com dignidade e, citando as palavras de Enrique Dussel, afirma a imperatividade da vida humana

---

3 STRECK, Lenio Luiz Ontem, os códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalism. In *Direito Constitucional Contemporâneo.* Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte. Del Rey. 2005, p.522.

4 DANTAS, Davi Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-positivismo.* Teoria e Casos Práticos", São Paulo, Madras, 2005. p.66.

5 SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006. p.78.

6 SARLET, Ingo Wolfgan . *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007. p.107.

para a construção de uma realidade social justa, que venha restaurar a dignidade negada da vida da vítima, do oprimido ou excluído.[7] Da mesma forma pensa Sergio Alves Gomes, para quem:

> [...] o paradigma do Estado Democrático de Direito tem por fundamento maior o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual não deve ser violado sob pretexto algum e, por isso, serve de bússula à hermenêutica constitucional. E mais: o efetivo respeito a tal princípio implica ações afirmativas (cf. item 5.4.2, adiante) do Estado com o intuito de promover concretamente o respeito a tal dignidade, afastando-se todas as formas de exclusão social que inviabilizam o desenvolvimento da pessoa humana e sua realização enquanto cidadão integrado em uma sociedade. Tal integração se concretiza mediante o gozo simultâneo de direitos humanos e fundamentais civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais. Cada um destes direitos corresponde ao atendimento de necessidades decorrentes das múltiplas dimensões presentes no ser humano.

Para Daniel Sarmento, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais[8], o que impõe ao Poder Público não somente obrigações de não fazer, mas deveres de ação comissiva, tendentes à assegurar condições mínimas para a vida com dignidade. Daí concluir o autor que, do princípio em questão, pode-se extrair prestações estatais positivas, ligadas à garantia do mínimo existencial, até mesmo quando relacionadas a direitos não contemplados expressamente no texto constitucional, como no caso do direito fundamental à alimentação digna[9]. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, Daniel Sarmento chega a sustentar a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, inclusive nas relações entre os particulares, salientando que:

> A Constituição brasileira, apesar dos seus pecadilhos, é progressista, e os seus valores essenciais são a tradução normativa de um generoso projeto de emancipação social dos excluídos. Este projeto deve ser estendido até onde for possível. É neste sentido que Luís Roberto Barroso, em lição magistral, afirma que "[...] em uma perspectiva

7 WOLKMER, Antônio Carlos, *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.205-206.

8 SARMENTO, op. cit., p.87.

9 SARMENTO, op. cit., p.89.

> de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional".
>
> Esta postura exegética não transige com a efetividade da Constituição, e, em especial, dos seus direitos fundamentais. Ela exige o reconhecimento de uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.[10]

Observa Daniel Sarmento que negar ou reservar para hipóteses excepcionais a incidência direta da Constituição sobre as situações da vida significa desprestigiar a idéia da Constituição como norma jurídica, tornando-a dependente da incerta e boa vontade do legislador ordinário.[11] Nessa linha, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida se encontram na base de todos os direitos sociais, razão pela qual, independentemente de previsão expressa de um direito a prestações que tenham por finalidade assegurar ao individuo uma existência digna, tal direito fundamentalíssimo poderia ser deduzido diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, ambos consagrados na Constituição.[12]

Partindo dessa premissa, a concretização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, ao menos em seu núcleo essencial, não pode estar condicionada à manifestação do legislador infraconstitucional e à previsão legal orçamentária, pois que são direitos fundados na Constituição, e não na lei. É preciso, pois, sublinhar que não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve se mover no âmbito dos direitos fundamentais, na expressão já conhecida da doutrina alemã, conforme lembra Jorge Miranda.[13]

Vale destacar, de outro lado, que o Brasil ratificou vários tratados internacionais de direitos humanos, entre eles o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujas disposições aplicam-se independentemente de lei e obrigam os Estados signatários a realizarem todos os esforços no sentido de concretizá-los. Não foi por outra razão que Flávia Piovesan deixou consignada a seguinte lição:

---

10 Ibid., p.245.

11 Ibid., p.81.

12 SARLET, Ingo Wolfgan . *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007. p.342.

13 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2. ed. Coimbra, p.276.

> Há que se propagar a idéia de que os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais e, por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade. [...]. Há que se lançar um duplo esforço – nas esferas nacional e internacional – que afaste as doutrinas jurídicas destinadas a negar a juridicidade desses direitos, já que conflitantes com a concepção da indivisibilidade dos direitos humanos. No plano brasileiro, há que se combater a doutrina das chamadas 'normas constitucionais programáticas', destituídas de aplicabilidade, buscando extrair a máxima efetividade dos preceitos referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais. [...]. Há que se consolidar uma doutrina e uma prática que afirmem a aplicabilidade e acionabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais.[14]

Nelson Saule Junior, ao discorrer sobre o direito social à moradia, ressalta que a concepção da não-efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais no campo doutrinário não é compatível com o sistema constitucional brasileiro, que contém diversas normas direcionadas ao Estado brasileiro para reduzir a desigualdade econômica e social, por meio da implementação de políticas públicas.[15]

Daí a lição clássica e bastante atual de Eros Roberto Grau, para quem as normas constitucionais programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.[16] Para Eros Grau, a eficácia dos direitos em questão não depende de prévia regulação na lei ordinária, mas antes pelo contrário, eles se aplicam independentemente de intervenção

14 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Max Limonad. 1998, p. 88 e 91/92. No mesmo sentido, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: "[...] das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nessa medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador". SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica n. 10, janeiro, 2002. Disponível em: < http:// www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 02 jul. 2008.

15 SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2004. p. 178.

16 GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988. p. 126.

legislativa.[17] Conforme adverte o autor, pretender que um direito inscrito no texto constitucional só opere seus efeitos após a superveniência de lei ordinária é subverter a hierarquia das normas jurídicas, conferindo-se à lei força maior do que a atribuída à Constituição.[18]

Celso Antônio Bandeira de Mello, em trabalho publicado em 1981, já defendia a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais relativas à justiça social. Para o autor, certos preceptivos constitucionais outorgam imediatamente, sem necessidade de qualquer regramento posterior, tanto o desfrute imediato e positivo de certos benefícios quanto a possibilidade de exigi-los, se acaso forem negados. Daí dizer o autor que uma correta análise das dicções constitucionais, relativas à Justiça Social, impõe logicamente concluir que, a partir delas e independentemente de normação ulterior, já são invocáveis direitos sociais muito mais amplos e sólidos do que se supõe habitualmente.[19]

Para Bandeira de Mello, a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo induvidoso de sua significação e, tal como sustenta Eros Grau, afirma Bandeira de Mello que supor a necessidade de lei para delimitar este campo, implicaria outorgar à lei mais força que à Constituição, proclamando ser puramente ideológica – e não científica – a tese que faz depender da lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos fluídos.[20]A certa altura, Bandeira de Mello indaga:

> Ora bem, se em todos os ramos do Direito as normas fazem uso deste tipo de conceitos, sem que jamais fosse negado caber aos juízes fixar seu alcance nos casos concretos – o que está a demonstrar a possibilidade de sacar deles uma certa significação – por que negar possam fazê-lo quando se trata de extrair o cumprimento da vontade constitucional? Por que imaginar necessário que o Poder Legislativo disponha sobre matéria para, só então, considerado Poder Executivo ou terceiro obrigado a respeitá-los em matéria de liberdades públicas ou de direitos sociais?[21]

17 GRAU, op. cit., p.126.

18 GRAU, op. cit., p.127.

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público n. 57/58*. São Paulo. janeiro/junho de 1981, p. 238/239.

20 MELLO, op. cit., p.245.

21 Ibid.

Ao final, conclui Bandeira de Mello que as disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são – inclusive as programáticas – comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não-fazer e, imediatamente, direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos.[22]

Também caminha na mesma direção o entendimento de Juarez Freitas, para quem, no âmago, todos os direitos têm eficácia direta e imediata, reclamando crescente acatamento, notadamente tendo em vista os direitos sociais, encontrando-se peremptoriamente vedados os retrocessos.[23] Para o autor, os direitos fundamentais sociais devem ser regulamentados, porém não como condição para o seu exercício, pois independem, em seu núcleo essencial, do reconhecimento de lei infraconstitucional. A lei, conforme ensina Freitas, deve ser vista como instrumento para incrementar, conformar e densificar os direitos fundamentais, viabilizando avanços, não servindo para adiar prestações inadiáveis[24], como é o caso, por exemplo, daquelas prestações positivas necessárias à garantia de condições mínimas e dignas de saúde, meio ambiente, moradia, educação e cultura.

Com relação à cláusula da reserva do possível, Juarez Freitas observa que ela deve ser vista com parcimônia em relação a outras realidades, como as que se relacionam ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, sustentando que não é exagero cobrar, em relação aos direitos fundamentais sociais, o imediato reconhecimento do mínimo nuclear de realização.[25]

Não diverge desse entendimento Sergio Victor Tamer, para quem deve se garantir um padrão elementar de dignidade aos cidadãos, mesmo que ausente norma infra-constitucional ou condições econômicas favoráveis, casos em que se não está a ferir a cláusula parâmetro de separação de poderes, mas possivelmente exercendo uma interpretação consentânea com os ditames da justiça social, dentro de uma orientação voltada para a hermenêutica do "objetivismo atualista" e do valor normativo dos princípios. [26]

---

22 Ibid.

23 FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. Malheiros, 2004. p.206.

24 FREITAS, Juarez. op. cit., p. 210.

25 FREITAS, Juarez. op. cit., p.211.

26 TAMER, Sérgio Victor. *Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias*. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre. Segio Antonio Fabris. 2005, p.198.

Para Tamer, a garantia dos direitos fundamentais sociais, assim, em seu padrão elementar, independe do condicionamento econômico ou da "reserva do possível", pois é uma exigência do princípio da dignidade da pessoa, da igualdade jurídica e do próprio conceito de democracia.[27] Não é outra a posição de Regina Maria Fonseca Muniz, para quem o fundamento dos direitos sociais encontra-se na constatação de que o homem não poderá viver uma vida plena, digna, enriquecedora, se não lhe forem satisfeitas as necessidades básicas. Sendo assim, o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação.[28]

Para encerrar este tópico, pode-se concluir que a aplicação imediata desses direitos fundamentais independentemente do reconhecimento infraconstitucional é reforçada pelo conteúdo do próprio preâmbulo da Constituição da República, do art. 3º da Constituição e de outras passagens do texto constitucional (CF, arts. 6º, 23, 170, 196, 205, 208, 215, 225, 227, dentre outros), os quais bem demonstram o perfil transformador do Estado Democrático e Social de Direito, a exigir dos poderes públicos ações positivas voltadas para assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social[29].

2 VINCULAÇÃO DIRETA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ECONÔMICOS, CULTURAIS E AMBIENTAIS

Em decorrência da eficácia direta das regras e princípios constitucionais referentes aos direitos humanos sociais, econômicos, culturais e ambientais, avulta a importância do papel da Administração Pública na concretização de tais direitos fundamentais. De fato, conforme observa Otávio Henrique Martins Port, a função administrativa, no caso dos direitos sociais, implica a obrigatoriedade da prestação das

27 Ibid., p.259.

28 MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O Direito à Educação*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 2.

29 Vale destacar, a propósito, que o § 2º do art. 198, bem como o art. 212 da Constituição impõem à União, aos Estados e Municípios a aplicação de recursos mínimos para a concretização dos direitos à saúde e educação. A inobservância dos direitos da pessoa humana e a não aplicação desses recursos pela Administração Pública pode gerar intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal e do Estado nos Municípios (CF, art. 34, VII, alíneas "b" e "e", e 35, III). Por outro lado, o art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação dada pela Emenda Constitucional 31/2000, instituiu o Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza, destinado a viabilizar ações positivas do Estado, no sentido de propiciar a todos os brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência. Com isso, o argumento da inviabilidade econômica comumente utilizado para justificar a ineficácia dos direitos fundamentais em questão perde consistência.

prerrogativas a eles inerentes, por parte da Administração Pública, ao administrado. Propiciar a todos uma existência digna, que passe pelo asseguramento dos direitos sociais, é uma exigência do próprio Estado Democrático de Direito, cabendo à atividade administrativa criar reais condições materiais para a concretização do atendimento às demandas sociais ínsitas ao Estado Social de Direito.[30]

Com efeito, a Administração Pública no Brasil é uma das principais destinatárias do cumprimento das normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais, conforme se verifica da leitura dos arts.1º, III, 3º, I, II, III e IV, 23, 196, 203, 205, 208, 212, 215, 225 e 227, todos da CF/88. Cabe, assim, aos órgãos da Administração Pública, o dever de promoção desses direitos que, como vimos, em seu núcleo essencial, independem de intermediação legislativa e de previsão orçamentária favorável. Tal circunstância revela um evidente protagonismo da atividade administrativa na construção de um Estado Democrático de Direito comprometido com a dignidade da pessoa humana. Daí revelar-se possível nesses casos uma atuação administrativa fundada diretamente no texto constitucional, ainda que ausente previsão legal expressa, uma vez que aqui a função administrativa ou normativa da Administração Pública traduz um verdadeiro poder-dever de agir, não se admitindo discricionaridades. Conforme adverte Otávio Henrique Martins Port:

> Não se pode olvidar jamais que a Administração exerce função, titularizando poderes que devem ser utilizados sempre tendo como objetivo um dever, a defesa do interesse público. Ora, é inegável que a concretização dos valores albergados pela Constituição, por ela juridicizados e convertidos em direitos sociais, é um interesse público de primordial relevância para o corpo social, tendo o administrador o dever de zelar pela sua irrestrita observância e realização, mesmo na ausência de previsão legal a respeito. [31]

Nessa esteira pronuncia-se Ana Paula de Barcellos, ao dissertar sobre a vinculação dos poderes públicos aos objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da Constituição, entre eles a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, cujo dever de promoção compete à União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do art. 23 da CF/88. Para

30 PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo, RCS, 2005. p.153.

31 Port, op. cit., p.155.

a autora, a Administração não tem, desse modo, um poder discricionário, mas um dever discricionário, isto é, não cabe à Administração decidir se deverá ou não agir, pois ela está juridicamente obrigada a fazê-lo. A discricionariedade residirá apenas nos meios empregados para atingir os fins em questão. Na medida em que tais deveres foram estabelecidos por norma constitucional, dotada de supremacia, a atuação administrativa encontra-se a ela vinculada como decorrência do Estado de Direito Constitucional, registrando a autora que a omissão do Poder Público nesse particular será inconstitucional.[32]

É em decorrência dessa força obrigatória e vinculante da Constituição que o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador, ações ou omissões da Administração.[33] Nessa linha, ensina Fabrício Motta, para quem a Administração pode estar obrigada a agir em razão de imposições extraídas diretamente dos princípios constitucionais e também da força normativa destes últimos. [34]A propósito, referindo-se à aplicação direta e imediata do direito à saúde e ao ensino fundamental, Otávio Henrique Martins defende uma atuação positiva da Administração Pública em direção à implementação desses direitos independentemente de previsão em lei formal:

> [...] há normas constitucionais disciplinadoras de direitos sociais que possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, independendo portanto de mediação legislativa, sendo plenamente exigível uma atuação positiva da Administração Pública, por consubstanciarem tais normas verdadeiros direitos subjetivos públicos. É o caso dos direitos à saúde e ao ensino fundamental, na sua dimensão garantidora do núcleo essencial de todos os direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana.[35]

Do mesmo modo, a Administração Pública deve agir para garantir aos cidadãos desprovidos de habitação digna o direito fundamental à moradia, ainda que inexistente previsão específica em lei ordinária, pois conforme ensina Nelson Saule Junior, tal direito decorre diretamente

32 BARCELLOS, Ana Paula de, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.168-169.

33 BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos.* In: Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul/set. 2006, p. 35.

34 MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.208.

35 Port, op. cit., p.154.

da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte.[36]

Também esse dever de agir da Administração Pública se faz presente em relação à promoção e proteção dos direitos fundamentais ao meio ambiente e à cultura, nos termos dos arts. 215 e 225 da Constituição Federal, que impõem aos órgãos do Poder Público, inclusive aos particulares, obrigações positivas de índole prestacional, inferidas diretamente da Constituição, conforme anota Daniel Sarmento.[37] Observa-se, que, nesses casos, a lei, embora necessária à densificação das regras e princípios constitucionais, torna-se um instrumento dispensável para habilitar a aplicação dos direitos fundamentais prestacionais pela Administração Pública, cuja atividade administrativa pode e deve haurir seu fundamento de validade diretamente na Constituição e nos seus princípios constitucionais. Verifica-se, com isso, nas palavras do professor português Paulo Otero, uma via de rotura do mito da onipotência da lei face à Administração Pública e da conseqüente menoridade ou inferioridade da Constituição perante a lei no âmbito da função administrativa, ou seja:

> [...] em vez da eficácia operativa das normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculatividade para a Administração Pública, tal como se encontra subjacente no pensamento liberal oitocentista, a lei deixou de ter hoje o monopólio habilitante da actividade administrativa, registando-se que a aplicação da Constituição à Administração Pública e pela Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa.
>
> Houve aqui como que um processo de autodeterminação constitucional face ao poder legislativo nas suas relações com o poder administrativo: a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a Administração Pública, passando a consagrar

36 SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. 2004, p. 176. No dizer do autor: "Nas normas definidoras do direito à moradia a aplicação é imediata o que faz com que sua eficácia seja plena. Isto é, de imediato, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria.[...]. O Estado brasileiro está obrigado, de imediato, a promover a efetivação do direito à moradia, levando em consideração as normas dos tratados internacionais de direitos humanos e as normas da Constituição que definem as obrigações e responsabilidades das entidades federativas e das instituições e organismos do Poder Público" (p.182/183).

37 SARMENTO, op. cit., p.319-320.

> preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam directa e imediatamente as autoridades administrativas.[38]

Essa mudança de paradigma implica em reconstruir um novo direito administrativo, não mais voltado para garantia da aplicação mecânica das leis e para proteção do indivíduo contra o Estado, tal como preconizava o pensamento jurídico liberal iluminista, mas um direito administrativo sintonizado com o perfil transformador do Estado Constitucional de Direito, comprometido com a dignidade da pessoa humana e com a implementação direta de políticas públicas emancipatórias, destinadas à satisfação das necessidades sociais básicas dos segmentos excluídos. A passagem para esse novo direito administrativo pressupõe, no entanto, a reconstrução do princípio da legalidade administrativa.

3 RECONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Diante da vinculação direta e imediata da Administração Pública aos direitos fundamentais prestacionais, opera-se atualmente uma mudança de leitura do princípio da legalidade administrativa. Em vez da submissão da Administração Pública à lei, fala-se em submissão da Administração Pública ao Direito. Conforme assevera Patrícia Baptista, hoje caminha-se para a construção de um princípio da legalidade não no sentido da vinculação positiva à lei, mas de vinculação da Administração ao Direito. O princípio da legalidade ganha, assim, a conotação de um princípio da juridicidade. Não sendo possível a inteira programação legal da Administração Pública contemporânea, é forçoso, contudo, mantê-la totalmente subordinada aos princípios e regras do ordenamento jurídico, especialmente do ordenamento constitucional. A atividade administrativa deve haurir seu fundamento diretamente do texto constitucional.[39]

Nestes termos, Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre a repercussão do constitucionalismo sobre a atuação dos três Poderes, inclusive na sua relação com os particulares, registra que um dos efeitos dessa repercussão em relação à Administração Pública foi o de impor aos seus órgãos deveres de atuação, fornecendo-lhes fundamento de

38 OTERO, Paulo .*Legalidade e Administração Pública*: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 2003. p.735.

39 BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p.108.

validade para a prática de atos fundados diretamente na Constituição, independentemente da manifestação do Poder Legislativo.[40]

Para Barroso, a constitucionalização do direito administrativo requer a superação ou a reformulação de paradigmas tradicionais, dentre eles o princípio da legalidade, na sua leitura convencional. Nas palavras desse autor,

> Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre a Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais. Dentre eles é possível destacar:
>
> [...] b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária.
>
> Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.[41]

Uma das razões para essa mudança de leitura do princípio da legalidade é a quebra do mito da perfeição da lei. Ao discorrer da imperfeição intrínseca da lei, Paulo Otero revela a insuficiência do legislador para atender o aumento da demanda das tarefas confiadas à tutela do Estado, exigindo a satisfação das novas e sempre acrescidas necessidades coletivas com especialização e rapidez decisórias, o que se mostra inviável em sede legislativa, verificando-se aqui uma crescente valorização do papel da Administração Pública na concretização do modelo constitucional de bem-estar.[42]

40 BARROSO, op. cit.

41 BARROSO, Luís Roberto, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 17 jul. 2008.

42 OTERO, Paulo .*Legalidade e Administração Pública:* O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: 2003. p.158.

Daí registrar o autor a impossibilidade de se reconduzir a função administrativa a uma aplicação silogística-subsuntiva da lei, tal como se chegou a defender a partir das idéias de Montesquieu de que para a Administração "as leis são os olhos do príncipe" e o juiz é a "boca que pronuncia as palavras da lei", pois, antes lhes está reservado um papel metodologicamente ativo na realização do direito.[43] No Brasil, esse entendimento vem sendo perfilhado em recentes trabalhos, dos quais se destaca o da publicista Arícia Fernandes Correia, que, sobre o tema em questão, salientou o seguinte:

> Paralelamente ao advento do Estado Social do século XX, com suas exigências de uma política intervencionista por parte do Executivo, o legicentrismo liberal, que dera origem a um positivismo normativo asséptico responsável por verdadeiras atrocidades na história da humanidade em nome da lei, veio ser substituído por um constitucionalismo não mais retórico, com suas quiméricas promessas revolucionárias, mas dotado de força normativa e substrato axiológico o bastante para a aplicação direta dos direitos fundamentais – que estariam condensados nos princípios constitucionais, prenhes de valores – pelo Judiciário e, na hipótese de que este ensaio mais se interessa, pela Administração Pública, muitas das vezes independentemente da mediação legislativa, porquanto vinculada não mais estrita e verticalmente somente à lei, mas à Constituição e ao Direito.
>
> [...] Desta forma, o pós-positivismo, responsável pelo resgate da normatividade dos princípios, e a constitucionalização do direito como um todo e do direito administrativo, em especial, permitiram a substituição da estrita legalidade administrativa pela juridicidade, ampliando os espaços destinados a um agir administrativo racional, ponderativo e voltado à promoção dos direitos fundamentais como exercício de permanente legitimação democrática.[44]

43 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 2003. p.161. O autor, nesse sentido, afirma mais adiante que: A desmistificação da perfeição da lei serve também para sublinhar, por último, que a Administração Pública é um poder autônomo, dotado de uma legitimidade própria e investido de um papel importante na realização da idéia de Direito.

44 CORREIA, Arícia Fernandes. *Reserva da Administração e Separação de Poderes*. In: BARROSO, Luís Roberto Barroso (org.). A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p.578/579.

A autora propõe uma legitimação democrática da reserva administrativa, que seria implantada mediante a passagem da Administração Pública por alguns filtros de legitimação, dos quais destacam-se, no que mais interessa a este artigo, os seguintes: pelo ativismo administrativo, ou seja, pela promoção, de ofício, dos direitos fundamentais asseguradores de uma existência humana digna, sem a qual não se pode conjecturar da edificação de um projeto de vida livre ao indivíduo; pela adoção de políticas públicas em relação aos direitos fundamentais sociais; pela procedimentalização da Administração Pública, a transpor um permanente diálogo entre o cidadão e a Administração Pública; e pela aplicação direta da Constituição às relações de direito administrativo, seja por meio do controle de constitucionalidade do ato administrativo, seja pela promoção dos direitos fundamentais independentemente de mediação legislativa.[45]

Delineia-se, assim, com a nova concepção do princípio da legalidade, uma substituição da velha Administração Pública inerte e inoperante, outrora apenas subordinada cegamente à lei formal, por uma Administração Pública emancipadora, atuante e vinculada diretamente aos direitos fundamentais e aos princípios derivados da Constituição. Assim, embora a submissão da Administração Pública à lei deva ser uma imposição constitucional do Estado Democrático e Social de Direito, a leitura que se deve fazer dessa sujeição não pode inviabilizar o cumprimento de princípios e regras constitucionais, quando estes impuserem deveres de atuação positiva aos órgãos da Administração Pública.

Nesse sentido parece ser o entendimento de Alexandre Santos Aragão, ao observar que o princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo é uma via de mão dupla. Segundo ele, o princípio serve tanto para restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais, como para permitir a sua atuação quando, mesmo diante da ausência de lei infraconstitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem sua atuação.[46]

Por outro lado, ainda que existente previsão legal específica, isto não poderá impedir que, perante leis ostensivamente violadoras dos direitos fundamentais, a Administração Pública se veja no dever de, excepcionalmente, preferir a Constituição à lei, negando aplicação a regra legal viciada de inconstitucionalidade, ou, ainda deparar-se com a necessidade de optar pela aplicação direta da Constituição, quando,

45 CORREIA, op. cit., p.610-611.

46 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos.* Rio de Janeiro: Forense. 2007. p.337.

diante da anormalidade de situações particularizadas, concluir que a aplicação da regra legal naquele caso específico e, somente nele, mostrar-se claramente injusta, permitindo-se aqui uma atuação administrativa contra a lei e em vez da lei, mas com fundamento numa otimizada e sistemática aplicação da Constituição e de seus princípios fundamentais. Com efeito, no entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, a aplicação direta dos direitos fundamentais permite que se invoque a invalidade dos atos normativos que, de forma direta, ou mediante interpretação, violem os preceitos definidores daqueles direitos, impondo-se, assim, na solução dos casos concretos, contra a lei e em vez da lei, ou contra determinada interpretação da lei.[47] No Brasil, Juarez Freitas parece perfilhar o mesmo pensamento, ao afirmar que:

> [...] em nosso sistema constitucional não mais é adequado, por exemplo, afirmar que o Poder Público deve apenas agir em estrita conformidade com a lei. A subordinação dos atos estatais deve ser ao Direito, mais do que apenas à lei, ou seja, o princípio da legalidade passou a figurar como princípios entre princípios, sendo que, em alguns casos, a própria Administração Pública deve fazer, de certo jeito, uma espécie de controle de constitucionalidade (sem prejuízo do controle jurisdicional derradeiro)[48]

Mais adiante, o autor afirma que a superioridade dos princípios fundamentais permite que o agente público deixe de cumprir as normas contidas em regras, quando estas revelarem-se manifestamente violadoras de princípios[49]. Também, nesse sentido, leciona Binenbojm:

> A idéia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um dos seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade

47 MOREIRA, Vital, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. I, Coimbra: Coimbra, 2007. p.382-383.

48 FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. Malheiros, 2004, p.214.

49 FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. Malheiros, 2004, p.249.

com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).[50]

Em tema de direitos fundamentais, hipótese interessante na qual a Administração Pública poderá atuar contra uma lei ou em vez da lei ocorrerá, por exemplo, quando houver conflito entre uma lei interna e um tratado ou convenção internacional de direitos humanos. Na hipótese, adotando-se o entendimento da moderna doutrina que defende o *status* de norma constitucional dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, bem como sua aplicabilidade imediata pelos órgãos do Poder Público, a Administração Pública poderá agir contra a lei, optando pela aplicação direta da norma internacional ou convencional, sempre quando a disposição legal revelar-se incompatível com os direitos consagrados nos documentos internacionais, ou quando os preceitos destes revelarem-se mais favoráveis à proteção dos direitos humanos em questão.[51]

Conclui-se, portanto, que a visão tradicional do princípio da legalidade, segundo o qual a Administração Pública somente pode fazer o que a lei expressamente autoriza ou permite encontra-se relativamente superada, pois, conforme se viu, haverá situações em que a atuação administrativa impor-se-á independentemente de lei, para além da lei e até mesmo contra a lei, mas sempre em consonância com o direito.

4 REFLEXOS DA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE SOBRE A ATUAÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Diante dessa releitura do princípio da legalidade, a função normativa da Administração Pública ganha outros contornos jurídicos. Na medida em que se admite a possibilidade de aplicação direta e imediata de regras e princípios constitucionais explícitos ou implícitos pela Administração Pública, a atividade normativa desta, quando extraída diretamente da Constituição, ou mesmo de um tratado ou convenção internacional de direitos humanos, poderá implicar na imposição de obrigações de fazer ou não fazer em relação aos particulares, sem que

50 BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos.* In: Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul/set. 2006, p. 24/25. A propósito, Luís Roberto Barroso, com levantamento de farta doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstra que não é de hoje que se sustenta o dever de o chefe do Poder Executivo negar aplicação a lei reputada inconstitucional, por decisão fundada diretamente na Constituição (*Poder Executivo. Lei Inconstitucional. Descumprimento.* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Vol. 181-182. jul/dez. 1990).

51 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Max Limonad. 2000. p.95/112-113.

seja necessária a existência de lei formal. Nesses casos, a Constituição e seus princípios expressos ou implícitos surgem como fonte direta e imediata da ação normativa da Administração Pública.

O princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da Constituição, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" não pode ser lido apenas no seu aspecto formal, sob pena de afastar os particulares do cumprimento da própria Constituição e de seus princípios constitucionais. A leitura literal do princípio acabaria por eleger a lei emanada do Poder legislativo como a única fonte de direitos e obrigações, excluindo a possibilidade de a própria regra constitucional e os princípios constitucionais atuarem como fonte direta de direitos e deveres. Relembra, a propósito, Ingo Wolfgang Sarlet, com apoio na doutrina clássica, que não é a lei a única fonte do direito, porque o regime, quer dizer, a forma de associação política (democracia social), e os princípios da Constituição geram direitos.[52]

Na mesma linha, assevera Andréas J. Krell que a negação de qualquer obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. O autor adverte que está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações.[53]

Não é outro o entendimento de Sebastião Botto de Barros Tojal, para quem a norma do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal há de ser tomada como uma garantia constitucional de ninguém estar obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da ação normativa do Estado. Para o autor, o que garante a legitimidade do comando normativo não é a retórica da legalidade formal mas sim a materialidade desse mesmo comando normativo. Pretender o contrário, isto é, que a lei, como tal formalmente considerada, seja tomada como a única fonte primária de direitos e obrigações importa desprestigiar o próprio texto constitucional, pelo que ele tem de mais caro, vale dizer, a condução do Estado no sentido da edificação de uma nova ordem econômica e social, legítima por seus próprios fundamentos e finalidades.[54]

---

52 SARLET, Ingo Wolfgan . *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007. p.98.

53 KRELL, Andréas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (dês) caminhos de um direito constitucional comparado.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2002. p.23.

54 TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: o Direito Sanitário.* Brasil. Ministério da Saúde.Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Direito Sanitário e Saúde Pública. V.1. Brasília-DF. Ministério da Saúde. 2003.

Sob essa perspectiva, a lei mencionada no referido artigo não pode ser entendida apenas no sentido de lei formal editada pelo Poder Legislativo, mas no sentido mais abrangente possível, a englobar o ordenamento jurídico como um todo. Nas palavras de José Manuel Sérvulo Correia, a necessidade da reserva de lei seria satisfeita mediante simples reserva de norma jurídica, isto é, uma reserva reportada ao bloco de legalidade no seu conjunto, sem acepção da proveniência parlamentar ou do valor formal legislativo dos preceitos requeridos.[55]

O Pleno do Supremo Tribunal Federal recentemente abriu caminho para a consagração dessa concepção constitucionalizada do princípio da legalidade, ao firmar entendimento no sentido da validade da Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, em processo no qual se questionava a sua violação ao princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da Constituição Federal (Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF, Relator Ministro Carlos Britto, DJU 01/09/2006). Na ação, discutia-se se o Conselho Nacional de Justiça poderia, mediante edição de resolução administrativa fundada diretamente na Constituição, densificar a aplicação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade aos casos de nepotismo por ela regulados. No voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, destacou-se o real sentido para a Administração Pública da expressão "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" contida no texto constitucional. Com apoio na lição de Hauriou e de Garcia de Enterría, o Ministro Gilmar Mendes deixou assentado que a submissão da Administração Pública à lei não pode significar simplesmente sujeição à lei formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo, ou seja, ao "bloco de legalidade", que compreenderia a Constituição e as normas dela derivadas.[56]

---

55 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coleção Teses. Almedina, p. 197.

56 Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF, Relator Ministro Carlos Britto, DJU 01/09/2006. A propósito, ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, que: A idéia da submissão da Administração à lei é, hoje, quase óbvia. No entanto, como ensina GARCÍA DE ENTERRÍA, é preciso ter cuidado para não entender como lei apenas a lei em sentido formal. O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, mas ao ordenamento jurídico como um todo, o que HAURIOU chamava de "bloco de legalidade". Portanto, quando a Constituição, em seu art. 5º, II, prescreve que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", por "lei" deve-se entender o conjunto do ordenamento jurídico, cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecido na própria Constituição e nas normas dela derivadas. Assim, é certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade administrativa.

Nesse panorama, a idéia de que, no exercício da função normativa, a Administração Pública não pode criar direitos nem impor obrigações aos particulares sem que uma autorização legislativa prévia assim expressamente disponha vem perdendo prestígio, pois, conforme se viu, a própria Constituição em certos casos pode servir de fundamento direto para o Poder Público impor obrigações de fazer ou não fazer aos particulares.

5 ATUAÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FUNDADA DIRETAMENTE NA CONSTITUIÇÃO

Uma adequada visão constitucional da função normativa da Administração Pública possibilita a admissão de regulamentos autônomos no direito administrativo brasileiro como um instrumento importante na construção de uma doutrina efetiva dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais. Essa possibilidade pode ocorrer nas hipóteses em que o Poder Legislativo revelar-se omisso, ou mesmo nas situações em que a aplicação da Constituição independer de intermediação legislativa, impondo-se a atuação da administração pública como um poder-dever de proteção daqueles direitos humanos. Diógenes Gasparini de há muito entendia que A atribuição regulamentar vai além da mera execução das leis, para em algumas hipóteses, executar a própria Constituição.[57] Nesse sentido, para além da hipótese prevista no art. 84, VI, "e" da Constituição de 1988, desenha-se o reconhecimento implícito de uma função normativa autônoma ou independente da Administração Pública em outros espaços constitucionais, conforme adverte a lição de Gustavo Binenbojm:

> [...] a existência do art. 84, VI, "e", no atual texto da Constituição brasileira, prevendo expressamente a possibilidade de edição de regulamentos autônomos nas hipóteses que menciona, não inibe – assim como jamais inibiu o reconhecimento de outros espaços regulamentares autônomos, implícitos ou explícitos na sistemática da Carta Magna. Admite-se, assim, que em campos não sujeitos a reserva de lei (formal ou material), a Administração Pública possa legitimamente editar regulamentos autônomos, desde que identificado um interesse constitucional que lhe incumba promover ou preservar.
>
> [...] O fundamento de tal poder regulamentar autônomo ou independente é a norma constitucional que atribui diretamente à

57 GASPARINI, Diógenes. *Poder Regulamentar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p.35.

> Administração o encargo de preservar ou promover determinado estado de coisas; cumprindo-lhe atuar em tal desiderato, está a Administração implicitamente autorizada pela Lei Maior a editar os atos normativos necessários ao alcance do fim.[58]

Também manifesta-se, nesse sentido, Fabrício Motta, ao afirmar que o ordenamento admite o exercício implícito da função normativa. Observa o autor que a existência de competências implícitas é creditada, sobretudo, à força normativa da Constituição e à vinculação direta da Administração aos seus preceitos, o que possibilita a sua aplicação direta, sem intermediação legislativa em algumas hipóteses.[59] Comunga desse mesmo entendimento Alexandre Santos de Aragão, para quem a Administração tem poder regulamentar implicitamente conferido pela própria Constituição, poder regulamentar este que pode vir a ser extraído até mesmo das normas constitucionais programáticas.[60] Perfilhando esse entendimento, em decisão paradigmática, o Tribunal Regional Federal da 1º Região reconheceu a constitucionalidade da Resolução nº 01/2004 do CONSEPE - Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade Federal da Bahia, que, editada com fundamento direto na Constituição, previu a adoção de cotas para alunos que tenham estudado em escolas públicas, com prioridade percentual para aqueles que tenham se declarado pretos ou pardos, assim como, um percentual destinado aos indígenas. Confira-se, a propósito, a ementa do Acórdão:

> DIREITO CONSTITUCIONAL. ENSINO. UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. INSTITUIÇÃO, POR RESOLUÇÃO, DE COTAS PARA NEGROS E ÍNDIOS, EGRESSOS DE ESCOLAS PÚBLICAS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Na medida em que a Administração está, pela própria Constituição, vinculada diretamente a outros princípios que não só o da legalidade, transparece não ser pela ausência de lei formal, salvo reserva constitucional específica (não bastando a reserva genérica do art. 5º, II), que deixará de realizar as competências que lhe são próprias. 2. Se a Constituição dá os fins, implicitamente oferece os meios, segundo o princípio dos poderes implícitos, concebido por Marshall. Os preceitos constitucionais fundamentais, incluídos os relativos aos direitos fundamentais sociais, têm eficácia direta

58 BINENBOJM, Gustavo, *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 315-316.

59 MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum. 2007. p.258.

60 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado Contemporâneo. Rio de janeiro, *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, p.124. jul/set.2001.

> e imediata. A constitucionalização da Administração "fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário" (Luís Roberto Barroso). 3. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, III, da Constituição). Nesse rumo, os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5º, § 2º). A Constituição, ao proteger os direitos decorrentes do regime e dos princípios, "evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos fundamentais do 'catálogo', bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema" (Ingo Wolfgang Sarlet). 4. É o caso da necessidade de discriminação positiva dos negros e índios, cuja desigualdade histórica é óbvia, dispensando até os dados estatísticos, além de reconhecida expressamente pela Constituição ao dedicar-lhes capítulos específicos. Não se trata de discriminar com base na raça. A raça é apenas um índice, assim como a circunstância de ter estudado em escola pública. O verdadeiro fator de discriminação é a situação social que se esconde (melhor seria dizer "que se estampa") atrás da raça e da matrícula em escola pública. Há um critério imediato - a raça - que é apenas meio para alcançar o fator realmente considerado - a inferioridade social. 5. Nas ações afirmativas não é possível ater-se a critérios matemáticos, próprios do Estado liberal, que tem como valores o individualismo e a igualdade formal. Uma ou outra "injustiça" do ponto de vista individual é inevitável, devendo ser tolerada em função da finalidade social (e muitas vezes experimental) da política pública. 6. Apelação a que se nega provimento.[61]

Outra hipótese de atuação normativa derivada diretamente da Constituição é a referente ao exercício do poder-dever de polícia da Administração Pública, que ganha outra dimensão em tema de direitos fundamentais sociais, ambientais e culturais, cujo dever de proteção e efetivação vincula não só o Poder Público, mas também todos os

61 Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.33.00.008424-9/BA; Relator Desembargador Federal João Batista Moreira. A Turma, por unanimidade, negou provimento à Apelação. Decisão publicada em 17/05/2007 DJ p.71

membros da sociedade.[62] Em tais casos, em face da aplicação imediata dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, a Administração Pública pode, sem necessidade de intermediação legislativa, impor aos particulares obrigações de fazer ou não fazer, a fim de se evitar lesões aos interesses diretamente tutelados pela Constituição. Nesse sentido, ensina Juarez Freitas que:

> De fato, em matéria ambiental (mas não só), o princípio da precaução, dotado de eficácia direta, impõe ao Estado Democrático um conjunto de diligências não tegiversáveis, ou seja, a obrigação de salvaguardar o direito fundamental ao meio ambiente sadio, com a adoção de medidas antecipatórias e proporcionais, ainda nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentadamente temidos (juízo de verossimilhança).
>
> [...] o princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estatui, com aplicabilidade direta, que o Poder Público (além dos particulares, está claro), certo de que determinada atividade implicará dano injusto, está forçada a evitá-la, desde que no rol das atribuições e possibilidades. Dito ás claras, presentes os requisitos, o Estado Democrático tem o dever incontornável de agir preventivamente.[63]

Apenas para registrar, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 121140/RJ, considerou constitucional Decreto municipal fundado diretamente na Constituição e editado com vistas a regulamentar a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. O acórdão restou assim ementado:

---

62 A esse respeito, lapidar a lição do eminente Ministro Celso de Mello, em voto poferido no julgamento da ADIN 3.540-1/DF: "O que é importante [...] é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: 'a qualidade da vida'.Dentro desse contexto, Senhor Presidente, emerge, com nitidez, a idéia de que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como encargo irrenunciável que se impõe - sempre em benefício das presentes e das futuras gerações - tanto ao Poder Público quanto à coletividade em si mesma considerada".

63 FREITAS, Juarez. *O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos.* In *Revista Eletrônica da OAB* - Conselho Federal n. 01, março/abril de 2008. Disponível em: < http://: www.oab.org.br>. Acesso em: 30 ago. 2008.

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRÉDIO URBANO: PATRIMÔNIO CULTURAL E AMBIENTAL DO BAIRRO DO COSME VELHO. DECRETO MUNICIPAL 7.046/87. COMPETÊNCIA E LEGALIDADE. 1. Prédio urbano elevado à condição de patrimônio cultural. Decreto Municipal 7.046/87. Legalidade. Limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade. Inexistência de ofensa à Carta Federal. 2. Conservação do patrimônio cultural e paisagístico. Encargo conferido pela Constituição (EC 01/69, artigo 15, II) ao Poder Público, dotando-o de competência para, na órbita de sua atuação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais. Poder- dever de polícia dos entes estatais na expedição de normas administrativas que visem a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. Recurso extraordinário conhecido e provido.[64]

Delineia-se, assim, no direito público contemporâneo, uma ampla possibilidade de atuação normativa autônoma da Administração Pública em setores nos quais a sua intervenção direta seja exigida para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais. Embora já se tenha no Brasil leis ordinárias regulamentando tais direitos, nem sempre a atuação administrativa vai se fundamentar em lei específica, decorrendo, no mais das vezes, da Constituição, de seus princípios constitucionais e dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, cuja aplicação vincula diretamente os órgãos da Administração Pública.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, sem pretensões de esgotar todos os aspectos e problemas que o complexo tema da eficácia dos direitos fundamentais

64 A propósito, vale registrar as pertinentes observações lançadas pelo Ministro Francisco Rezeck, por ocasião da prolação de seu voto: "Cuida-se de submeter determinados imóveis, em determinados pontos do Rio de Janeiro, a determinada disciplina. Por sua natureza, isso me parece próprio do Poder Executivo, cuja autoridade, para tanto, resulta diretamente da Constituição. [...].A questão é uma só, e não há nada mais em discussão neste recurso extraordinário. É saber se o Poder Público (o detalhe é importante: pela voz do Executivo) pode estabelecer posturas, endereçá-las a determinados prédios, em determinada área do cenário urbano; se ele pode fazê-lo, tirando sua autoridade da Constituição da República, ou se ele depende de uma lei no nível próprio no complexo federal – no caso ele dependeria de uma lei municipal, dando-lhe autoridade para isso. [...]. O Poder Público, no plano municipal, não precisa mais nada além daquilo que a Constituição estabelece, sobre o zelo que ele há de ter pela preservação de certos valores ambientais urbanos".

sociais, econômicos, culturais e ambientais suscita no pensamento jurídico contemporâneo, pretendeu demonstrar a necessidade de se construir uma doutrina efetiva desses direitos fundamentais, focalizando a questão sob o prisma da Administração Pública.

Nesse sentido, a aplicação direta do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais pela Administração Pública pode ser vista como uma possível alternativa para se contornar a crise de efetividade pela qual vem passando a Constituição, prestes a completar 20 anos de sua promulgação. Urge, assim, não deixar ao exclusivo arbítrio do Poder Legislativo a tarefa de concretizar tais direitos fundamentais, sobretudo quando se tem presente a idéia de que as leis gerais e abstratas não eliminam o problema do Direito, antes, na verdade, elas inauguram o problema do Direito moderno, que é precisamente a aplicação de normas a situações sempre individualizadas e concretas[65].

A dinâmica dos fatos e da vida social inviabiliza o Poder Legislativo de enumerar todas as hipóteses legais em que a Administração Pública deve intervir nas situações concretas. Eventual ausência de previsão legal ou orçamentária não poderá obstar a atuação administrativa destinada à fornecer o mínimo de condições de vida digna aos cidadãos, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. O descumprimento dos deveres estatais, inclusive de precaução, mostra-se ofensivo à Constituição, devendo-se observar que os direitos fundamentais vinculam de modo cogente e, vez por todas, devem assumir o primado nas relações publicistas.[66]

Conforme lembra Juarez Freitas, o intérprete sistemático tem o dever de completar o trabalho do legislador, atento às exigências situadas além das abordagens lógicas estritas. Atua, em regra, como legislador negativo e administrador negativo, embora o sistema possa requerer que, havendo omissão dos demais Poderes, positive o Direito, por exceção, com força prestacional positiva.[67] Nesse sentido, pode-se concluir, com Carlos Ari Sundfeld, que o que caracteriza o

65 CARVALHO NETTO, Menelick de. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional. Salvador. Nº 01 – Março/Abril/Maio de 2007. Disponível em : <http://www.direitopublico.com.br> . Acesso em: 05. set.2008.

66 FREITAS, Juarez. O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos. In Revista Eletrônica da OAB. Editora- Conselho Federal – n. 01, março/abril de 2008. Disponível em: <http:// www.oab.org.br>. Acesso em: 30 ago.2008.

67 FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. Malheiros, 2004. p.77.

direito administrativo é a submissão da Administração ao direito, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo nacional.[68]

Assim, para a realização dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais, o Estado de Direito pode prescindir da subordinação do ato administrativo à lei e do Executivo ao Legislativo. Basta preservar em vigor o dogma de que o ato da Administração não pode ser fruto do capricho (mesmo que não haja uma lei a sujeitá-lo). Para o sistema funcionar, na prática, é preciso um símbolo indicando a impossibilidade de o Executivo agir arbitrariamente. Esse símbolo, ainda hoje é a lei, mas é possível trocá-lo por espécie normativas outras[69], como por exemplo, a Constituição, os princípios constitucionais explícitos e implícitos e os tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Por outro lado, se a existência de intermediação legislativa já não se apresenta mais como imprescindível à aplicação dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais pela Administração Pública, a participação popular na atuação administrativa revela-se fundamental para a legitimidade de seus atos. Sob tal aspecto, conforme anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a legitimação, que dantes somente ocorria pela via da democracia indireta, passa a derivar diretamente da vontade dos cidadãos por inúmeras vias participativas. o Estado Contemporâneo não está hoje limitado a editar sempre normas gerais e abstratas e, por isso, hierarquizáveis, passando-se a admitir a possibilidade de negociar o melhor modo de realizar concretamente o interesse público, o que abre espaços para a edição de normas mais adequadas a essa realização, revestida da legitimação também concreta, como hoje permitem modernos instrumentos da publicidade, da visibilidade e da participação.[70]

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado Contemporâneo. Rio de janeiro, *Revista de Direito Administrativo* n. 225, jul/set.2001;

68 Ibid.

69 SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>.

70 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.40.

_____.*Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>.

_____. Poder Executivo. Lei Inconstitucional. Descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. vol. 181/182. jul/dez. 1990.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*. Salvador. Nº 01 – Março/Abril/Maio de 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso 05 set. 2008 .

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e Separação de Poderes. In *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil.* Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

DANTAS, Davi Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-positivismo. Teoria e Casos Práticos.* São Paulo: Madras Ltda. 2005.

SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2004.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito.* São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos. In *Revista Eletrônica da OAB* Editora-Conselho Federal – n. 01, março/abril de 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br>.PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos:* Max Limonad. 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Max Limonad. 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Poder Regulamentar.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *O Direito Posto e Direito Pressuposto.* São Paulo: Malheiros. 2005.

_____. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988.

KRELL, Andréas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (dês) caminhos de um direito constitucional comparado.* Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, n. 57/58. São Paulo. janeiro/junho de 1981.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2. ed. Coimbra.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Vital, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. I, Coimbra: Coimbra, 2007.

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum. 2007.

MÜLLER Friedrich. O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O Direito à Educação*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar. 2002.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgan . *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgan, Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica n. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra:Almedina.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

_____. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre.Livraria do Advogado. 2004.

_____. Ontem, os códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In *Direito Constitucional Contemporâneo*. Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte. Del Rey. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na Era do Direito Global. Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>.

TAMER, Sérgio Victor. *Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias*. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris. 2005.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social*: o Direito Sanitário. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Direito Sanitário e Saúde Pública. V.1. Brasília-DF. Ministério da Saúde. 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE SOCIOLÓGICA, HISTÓRICA E POLÍTICA

Douglas Vitoriano Locateli
Advogado da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 A estrutura administrativa do Brasil colonial; 2 O Estado brasileiro entre dois projetos políticos; 2.1 O Gerencialismo: a reforma do Estado como questão central; 2.2 Patrimonialismo e burocracia; 2.3 Administração Pública Gerencial; 2.4 Administração Pública Societal: a origem das ONG no Brasil; 3 A Emenda Constitucional n° 19/98 e o princípio da eficiência; 4 Participação e controle no Estado reformado: crítica; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Neste estudo o autor desenvolve uma abordagem sociológica, histórica e política do princípio constitucional da eficiência na Constituição brasileira de 1988. Em um primeiro tópico analisa a estrutura administrativa no Brasil colonial e traça o perfil de dois sistemas interligados de administração: o primeiro caracterizado por relações burocráticas e impessoais, que vinculavam os indivíduos e os grupos às instituições do governo formal. O segundo baseado em relações interpessoais de interesse, parentesco ou objetivos comuns. Realça que esse sistema de relacionamento pessoal, baseado em interesses, foi agregado aos usos e costumes da administração pública brasileira em quinhentos anos de história. Em seguida aborda os dois projetos políticos que influenciaram o Estado brasileiro na segunda metade do século XX; o primeiro, inspirado na vertente gerencial, constituiu-se no Brasil durante os anos 90, na gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. O segundo projeto encontra-se em desenvolvimento e tem como principal referência a vertente societal, com raízes no ideário dos herdeiros políticos das mobilizações populares em favor da democracia, com destaque para os movimentos sociais.
PALAVRAS-CHAVE: Princípio. Eficiência. Administração. Gerencialismo. Societal. Democracia. Cidadania.

ABSTRACT: In this study the author develops a sociological, historical boarding and politics of the constitutional principle of the efficiency in the Brazilian Constitution of 1988. In a first topic he analyzes the administrative structure in colonial Brazil and traces the profile of two linked systems of administration: the first one characterized for bureaucratic and impersonal relations, that tied to the individuals and the groups with the institutions of the formal government. The second based in interpersonal relations of interest, kinship or common objectives. It enhances that this system of personal relationship, based in interests, was added to the uses and customs of the Brazilian public administration in five hundred years of history. After that it approaches the two projects politicians who had influenced the Brazilian State. After that it approaches the two projects politicians who had influenced the Brazilian State in the second half of century XX. The first one, inhaled in the managemental source, consisted in Brazil during years 90, in the management of former-president Fernando Enrique Cardoso. As the project meets in development and has as main reference the societal source, with roots in the ideário of the heirs politicians of

the popular mobilizations for the democracy, with prominence for the social movements.
KEYWORDS: Principle. Efficiency. Public administration. Democracy. Citizenship.

INTRODUÇÃO

Na apresentação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, idealizado por Luiz Carlos Bresser Pereira, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso manifestou o propósito de criar condições para a reconstrução do Estado a partir de bases modernas e racionais, objetivando consolidar a estabilidade econômica e assegurar o crescimento sustentado, com a consequente diminuição das desigualdades sociais e regionais. Partiu-se da premissa de que a gradual deterioração dos serviços públicos, a crise fiscal e a inflação eram consequência da inadequada estrutura administrativa do Estado Brasileiro.

A EC n.º 19, de 04 de junho de 1998[1], que inseriu no texto constitucional várias das propostas contidas no Plano Diretor, teve o propósito de modificar a disciplina da Administração Pública[2], alterando profundamente a relação entre Estado e sociedade.

Mas a compreensão dessa Reforma não prescinde de um retorno à burocracia colonial, para conhecer a cultura administrativa brasileira em suas origens, bem como as experiências e discussões ocorridas na Europa e Estados Unidos, na busca de um modelo de administração pública capaz de atender às demandas atuais da sociedade. Por essa razão a pesquisa se insere em um diálogo interdisciplinar, realizado entre a ciência do direito e a ciência da administração, para que o tema seja analisado do modo mais completo possível, a partir de uma perspectiva que favoreça o desenvolvimento, a universalização do acesso a serviços públicos de qualidade, o crescimento econômico, a exploração racional dos recursos naturais e o resgate da dívida social.

No âmbito da Emenda n° 19/98, a eficiência foi agregada explicitamente ao significado do interesse público que norteia e condiciona o exercício da função administrativa. Apresenta-se como pressuposto de um Estado que se reorganiza e procura manifestar-se a partir de uma estrutura dinâmica, célere, profissional e especializada,

1 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm >. Acesso em: 20 set. 2008.

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

não apenas com foco em uma pretensa objetivação finalística (alcance de resultados), mas também baseado em uma análise racional material, o que somente torna-se possível com a consideração dos princípios que informam o Estado brasileiro. Mas nesse processo, inacabado, a estrutura administrativa do Estado não pode perder a identidade de espaço público[3], ainda que influenciada pelo universo privado[4].

1 A ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DO BRASIL COLONIAL

Os Ibéricos foram responsáveis pela colonização de grande parte da América latina, mas diferente dos demais povos Europeus, os privilégios hereditários jamais tiveram influência decisiva entre espanhóis e portugueses, que não concebiam as instituições e a organização social a partir de uma perspectiva mágico-religiosa. No restante da Europa o princípio formador da sociedade baseava-se em uma realidade sobrenatural, que se contrapunha ao próprio mundo. Os ibéricos perceberam esse antagonismo entre "vida e espírito"[5] e identificaram na hierarquia um elemento de injustiça marcado pela defesa de privilégios, sobretudo hereditários. Por esse motivo sentiram-se à vontade em um mundo onde o mérito e a responsabilidade encontravam pleno reconhecimento[6]. Buarque de Holanda acentua que pelo menos

3 GUERREIRO, Renato Navarro. Os lucros sociais. Artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 6 de fev. 2002, p. A2. Seria um erro afirmar que a Administração deve mover-se como entidade privada, que tem por objetivo único o lucro. Na verdade, o interesse público é muito mais rico e difere ontologicamente da vantagem meramente pecuniária. A Administração não pode perder sua identidade de gestora da coisa pública, razão pela qual persegue dividendos sociais, consubstanciados na melhoria da qualidade de vida dos membros da sociedade. Refere-se ele à distinção entre o lucro tradicional, representado pelas demonstrações financeiras, e aquele auferido por toda a sociedade, conseqüência da atuação proficiente do Estado.

4 BARBOSA, Sandra Pires. Impacto da Globalização Sobre o Princípio da Eficiência. *Revista de Direito Administrativo* n.º 224, abr./jun. 2001, Rio de Janeiro: Renovar, p. 198.

5 HOLANDA, Sérgio Buarque de. In: BENZAQUEM, Ricardo de Araújo; SCHWARCZ, Lília Moritz (org.) *Raízes do Brasil*. edição comemorativa dos 70 anos. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 21-23. Para a escolástica, na Idade Média, "a hierarquia do pensamento subordinava-se a uma hierarquia cosmogônica. A coletividade dos homens na terra era uma simples parábola e espelhava palidamente a cidade de Deus. Assim, na filosofia tomista, os anjos que compõem as três ordens da primeira hierarquia, os Querubins, os Serafins e os Tronos são equiparados aos homens que formam o *entourage* imediato de um monarca medieval: assistem o soberano no que ele realiza por si mesmo, são os seus ministros e conselheiros. Os da segunda hierarquia, as Dominações, as Potências e as Virtudes, são, em relação a Deus, aquilo que para um rei são os governadores por ele incumbidos da administração das diferentes províncias do reino. Finalmente, a terceira hierarquia correspondem, na cidade temporal, aos agentes do poder, os funcionários subalternos."

6 HOLANDA, op. cit., p. 24.

nesse ponto "os ibéricos podem considerar-se legítimos pioneiros da mentalidade moderna"[7].

Schwartz relata que em Portugal e Espanha a burocracia era exercida por profissionais não exclusivamente detentores de títulos nobiliárquicos. Dentre os ocupantes de cargos no império português figuravam nobres, clérigos e contadores. A casa de Aviz também utilizou a administração burocrática para fortalecer a Coroa, estreitando os laços com as demais classes sociais, em especial com os mercantilistas, o que também favoreceu a conquista ultramarina. Ressalte-se que a burocracia do império apresentava-se preponderantemente como organização judicial, cujos cargos eram ocupados por magistrados ligados ao Rei[8].

Não obstante considerassem o sistema burocrático europeu injusto, porque marcado por privilégios, os portugueses terminaram por reproduzir essa mesma distorção ao acomodar relações pessoais de parentesco, amizade e de interesse no trato administrativo. É conhecida a passagem na qual Pêro Vaz de Caminha, na *Carta do Descobrimento*, solicitou um favor pessoal ao Rei[9]. Esse tipo de prática também foi reproduzida e potencializada no âmbito social entre magistrados, grupos sócio-econômicos e grandes famílias da colônia, que estabeleceram entre si relações de compadrio e até de casamento[10]. Embora a lei vedasse aos

7 HOLANDA, op. cit., p. 24.

8 SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial: a Suprema Corte da Bahia e seus Juízes.* São Paulo: Perspectiva, 1979, p. X.

9 COSTA. Francisco Seixas da. O nepotismo, o emprego e o ?Estadão?. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080831/not_imp233622,0.php>. Acesso em: 15 set. 2008. O Embaixador de Portugal no Brasil, Francisco Seixas da Costa, em manifestação publicada no jornal "O Estado de São Paulo", refuta a idéia de que o pedido de Caminha deva ser qualificado como exemplo de nepotismo, mas os argumentos postos por ele não desqualificam o fato de que essa prática apresenta-se como um produto da herança colonial portuguesa."Caminha não estava a nomear ninguém para um cargo público, a colocar filho num gabinete ou numa sinecura paga pelo erário, na rentável administração de uma estatal, e estava longe de pretender falsear um concurso público. Limitava-se a solicitar ao soberano, num tempo em que só a esta cabia prover discricionariamente todos os lugares, no seu livre e indisputado arbítrio, um emprego para pessoa ligada à sua família. Assim acontecia em todo o mundo, de que Portugal não era exceção." E concluiu o ilustre Embaixador: "Por essa razão, por essa memória grata e afetiva que os democratas portugueses devotam ao Estado de S. Paulo, sentimo-nos livres para pedir que, quando um capítulo da nossa História em comum vem a lume, num dos seus editoriais, aliás, sempre redigidos num excelente "português de lei", o máximo rigor seja mantido. Achamo-nos, assim, no direito de exigir ao Estadão, com toda a cordialidade e imensa simpatia, a absolvição póstuma de Pêro Vaz de Caminha, que nunca pisou os terrenos pantanosos do nepotismo e se limitou a exercer o direito à solicitação de um singelo emprego."

10 SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial: a Suprema Corte da Bahia e seus Juízes.* São Paulo: Perspectiva, 1979. p.142.

juízes contrair laços de parentesco e estabelecer relações comerciais na área de sua jurisdição, tal regra era usualmente desrespeitada[11].

Schwartz afirma que a primeira vista parecia inconciliável a distância entre as regras administrativas que disciplinavam a vida dos juízes e suas constantes violações. Paradoxalmente, esse quadro não acarretou o colapso do sistema em razão da aquiescência da Coroa, que tolerava alguns "desvios". Ocorreu que essa sistemática permitia grande flexibilidade e pessoalidade no trato administrativo, de modo que a lei era aplicada apenas aos "inconvenientes". Mas, quem estabelecia os critérios de conveniência? Tal realidade facilitava a corrupção e a interferência de grupos na aplicação da lei, já que a influência deles "sobre a determinação da política era restrita[12]."

Esse intenso relacionamento acabou por estruturar dois sistemas interligados de organização. No primeiro existia a administração controlada e dirigida pela metrópole, caracterizada por relações burocráticas e impessoais, que vinculava os indivíduos e os grupos às instituições do governo formal. Paralelamente - afirma Schwartz – também existia uma rede de relações interpessoais baseadas no interesse, parentesco ou objetivos comuns, que não contava com o reconhecimento oficial, mas determinava as manifestações do governo formal por conta das ligações entre os burocratas do Rei e a sociedade colonial [13].

O culto à personalidade[14], assim como as relações de amizade e de interesse, agregou-se aos usos e costumes do brasileiro nesses quinhentos anos de história, onde o Estado sempre foi tratado como organismo a serviço de projetos pessoais de poder; elemento que se apresenta como uma das principais causas da corrupção e de apropriação privada da máquina administrativa.

Tal realidade é evidenciada cotidianamente e vista muitas vezes com naturalidade[15]. Mas aos poucos essa cultura está sendo modificada. Em decisão recente o Supremo Tribunal Federal aprovou súmula

11 Ibid., p.137.

12 SCHWARTZ, op. cit., p.145.

13 SCHWARTZ, op. cit., p. XI-XII.

14 HOLANDA, Sérgio Buarque de. In: BENZAQUEM, Ricardo de Araújo; SCHWARCZ, Lília Moritz (org.) *Raízes do Brasil*. edição comemorativa dos 70 anos. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 19.

15 SOUTO, Isabella; CIPRIANI, Juliana. Ao lado dos padrinhos. *Correio Brasiliense*. Brasília, 16 setembro 2008. Política, p. 4. Em notícia veiculada no dia 16 de setembro de 2008. Em pleno processo eleitoral o "Correio Brasiliense" informou que na reta final da campanha para a Prefeitura de Belo Horizonte os candidatos procuram deixar claro aos eleitores quem são seus padrinhos, que pretendem transferir votos para os afilhados.

vinculante, proibindo a contratação de parentes no Judiciário, Executivo e Legislativo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por entender que tal prática fere a Constituição[16]. Também o Superior Tribunal de Justiça – STJ determinou a prisão do Governador do Distrito Federal, que está sendo processado por corrupção[17]. Trata-se de um forte indicativo de mudança e o Judiciário é quem está à frente desse processo.

2 O ESTADO BRASILEIRO ENTRE DOIS PROJETOS POLÍTICOS

Nas últimas décadas o Brasil esteve engajado no processo de redemocratização, motivo pelo qual se buscou um modelo de gestão pública capaz de tornar o Estado transparente, aberto às necessidades da população, voltado ao interesse público e mais eficiente na coordenação da economia e dos serviços. Analisando esse contexto histórico, Ana Paes de Paula identificou dois projetos políticos em disputa: o primeiro, inspirado na vertente gerencial, constituiu-se no Brasil durante os anos 90, na gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. O segundo encontra-se em desenvolvimento e tem como principal referência a vertente societal, com raízes no ideário dos herdeiros políticos das mobilizações populares contra a ditadura e pela redemocratização do país, com destaque para os movimentos sociais[18].

2.1 O GERENCIALISMO: A REFORMA DO ESTADO COMO QUESTÃO CENTRAL

A origem da vertente gerencial está ligada ao intenso debate travado durante as décadas de 1980 e 1990 sobre a crise de governabilidade e credibilidade do Estado. Tal proposta emergiu como modelo a ser seguido, por conta de sua adequação às recomendações do Consenso de Washington para os países da América Latina[19]. Inseriu-se

16 GIRALDO, Renata. STF proíbe nepotismo nos três Poderes: medida deve vigorar em dez dias. FOLHAONLINE. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u435945.shtml>. Acesso em: 22 set. 2008.

17 DOMÉ. Luiza. Mensalão do DEM: Lula lamenta que escândalo do mensalão no DF tenha levado à prisão de Arruda. O GLOBO; Agência Brasil. Disponível em: < http://oglobo.globo.com/pais/mat/2010/02/11/lula-lamenta-que-escandalo-do-mensalao-no-df-tenha-levado-prisao-de-arruda-915842698.asp>. Acesso em: 22 fev. 2010.

18 DE PAULA. Ana Paula Paes. Entre o gerencialismo e a gestão social: em busca de um novo modelo para a administração pública brasileira. Disponível em: <http://www.participacaopopular.org.br/textos/ana.paula.paes_entre.o.gerencialismo.pdf>. Acesso em: 26 set. 2008.

19 DE PAULA, op. cit., p. 3.

em um movimento internacional de reforma do aparelho do Estado, iniciado na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, depois que governos conservadores assumiram o poder em 1979 (governo Thatcher) e em 1980 (governo Reagan)[20].

Segundo Bresser, a sistemática gerencial apresentou-se como estratégia de redução do custo da máquina administrativa, orientando-a para o mercado. Também se apresentou como fórmula para diminuição da lacuna criada pela incapacidade de resposta da administração burocrática às novas demandas da sociedade. O âmago do problema e o foco prioritário foi a definição de um novo modelo, adequado ao mundo globalizado, de modo a tornar o serviço público mais coerente com o capitalismo contemporâneo[21].

Para melhor compreensão, reproduzo as palavras de Bresser:

> A explicação é simples: os cidadãos estão se tornando cada vez mais conscientes de que a administração pública burocrática não corresponde às demandas que a sociedade civil apresenta aos governos no capitalismo contemporâneo. Os cidadãos exigem do Estado muito mais do que o Estado pode oferecer. E a causa imediata da lacuna que assim se cria não é apenas fiscal, como observou O'Connor (1973), nem apenas política, como Huntington (1968) destacou; é também administrativa. Os recursos econômicos e políticos são por definição escassos, mas é possível superar parcialmente essa limitação com seu uso eficiente pelo Estado, quando não se pode contar com o mercado, isto é, quando a alocação de recursos pelo mercado não é solução factível, dado seu caráter distorcido ou dada sua incompletude. Nesse caso, a função de uma administração pública eficiente passa a ter valor estratégico, ao reduzir a lacuna que separa a demanda social e a satisfação dessa demanda[22].

Percebe-se que Bresser propõe a redução do Estado a uma estrutura tipicamente privada. Para ele eficiência administrativa não implica na utilização racional dos recursos disponíveis, voltada ao incremento de capacidade na prestação de serviços públicos com

20 BRESSER PEREIRA. Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. Tradução de Carolina Andrade. In: BRESSER PEREIRA. Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 30.

21 Ibid.

22 BRESSER PEREIRA, op. cit., p. 24.

qualidade e rapidez; o que contribuiria para a concretização de direitos. Para ele eficiência implica na redução dos canais de comunicação entre Estado e sociedade, de modo a restringir as demandas sociais. A proposta também estabelece uma relação de clientela entre prestadores e destinatários de serviços públicos, retirando-lhes a titularidade de direitos, o que funciona como elemento limitador de participação. Bresser justifica esse posicionamento acentuando que o Estado Social e Democrático de Direito nunca foi plenamente implantado na maioria dos países ocidentais[23].

2.2 PATRIMONIALISMO E BUROCRACIA

Bresser afirma que a proteção do espaço público contra as ameaças de apropriação por indivíduos e grupos, desejosos de submeter o Estado a seus interesses, também foi considerada nesse processo. Mas ele se refere a um espaço público ampliado, que também abrange as organizações não-estatais e sem fins lucrativos.

Bresser acentua que:

> O Estado deve ser público, as organizações não-estatais e sem fins lucrativos (ou organizações não governamentais) devem ser públicas. Bens estritamente públicos, como um meio ambiente protegido, devem ser públicos. Direitos públicos são os direitos que nos asseguram que o patrimônio público - a res publica -, entendido em sentido amplo, seja público; que seja de todos e para todos, e não objeto de rent-seeking, algo privatizado por grupos de interesse. À medida que a proteção aos direitos públicos passava a ser dominante em todo o mundo, foi-se tornando cada vez mais claro que era preciso refundar a república, que a reforma do Estado ganhava nova prioridade, que a democracia e a administração pública burocrática - as duas instituições criadas para proteger o patrimônio público - precisavam mudar: a democracia devia ser aprimorada para se tornar mais participativa ou mais direta, e a administração pública burocrática devia ser substituída por uma administração pública gerencial[24].

---

23 Entendimento do autor.

24 BRESSER PEREIRA. Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. Tradução de Carolina Andrade. In: BRESSER PEREIRA. Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 25.

Entende que a "interpermeabilidade" do patrimônio público e do privado foi a característica do governo nas sociedades pré-capitalistas e pré-democráticas. Para ele, "patrimonialismo" significa "a incapacidade ou a relutância do governante distinguir entre o patrimônio público e seus bens privados. Nesse sentido a administração do Estado pré-capitalista era patrimonialista. Somente com o surgimento do capitalismo e da democracia estabeleceu-se a distinção entre essas esferas. Para Bresser a democracia e a administração pública burocrática (impessoal, formal e racional) apresentaram-se como instituições que se opuseram à privatização do Estado[25].

Afirma que a estratégia básica adotada pela administração burocrática, com ênfase no controle hierárquico e formalista sobre procedimentos, mostrou-se inadequada ao ampliado papel exercido pelo Estado no século XX, que se tornou provedor da educação, da saúde e da assistência social. Bresser entende que essa estratégia talvez pudesse evitar a corrupção e o nepotismo, mas mostrou-se lenta, cara e ineficiente. Entende que o Estado requer uma nova administração pública, que tome emprestado das empresas administradoras de negócios os avanços pelos quais passaram: "uma administração que não visa ao lucro, mas à satisfação do interesse público[26]."

Bresser segue distinguindo os países desenvolvidos daqueles que se encontram em processo de desenvolvimento. Afirma que nos primeiros a esfera pública encontrava-se desprotegida, pois muito embora o nepotismo e a corrupção estivessem controlados surgiram novas formas de apropriação privada do espaço público, tais como a manutenção indevida de subsídios e isenções de impostos a empresários, concessão de benefícios especiais à classe média, e a garantia de estabilidade no serviço público. Já nos países em desenvolvimento a situação era muito pior, pois neles o nepotismo e a corrupção conviviam com uma burocracia beneficiária de privilégios, onde os direitos civis e sociais permaneciam desprotegidos[27].

No século XIX, acentua Bresser, a administração pública do Estado Liberal servia como instrumento para garantir os direitos de propriedade, onde os excedentes da economia eram apropriados pela classe capitalista emergente. Já no Estado desenvolvimentista a administração burocrática apresentava-se como modalidade de apropriação dos excedentes por uma classe média composta por burocratas e tecnoburocratas. No Estado liberal, o preço da iniciativa

25 BRESSER PEREIRA., op. cit., p. 26.

26 BRESSER PEREIRA., op. cit., p. 27.

27 BRESSER PEREIRA., op. cit., p. 27.

empreendedora foi a concentração de renda nas mãos da burguesia, mediante mecanismos de mercado; no Estado desenvolvimentista, o excedente da economia foi dividido entre capitalistas e burocratas, que se valeram do controle político do Estado em benefício próprio. Bresser entende que se nos países desenvolvidos o espaço público não foi protegido pela administração burocrática, por conta da ineficiência na condução do Estado de bem-estar social, essa proteção foi ainda menor nos países em desenvolvimento, onde os burocratas substituíram parcialmente a burguesia no processo de acumulação de capital e na apropriação do excedente econômico[28].

2.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL

Na visão de Bresser a administração pública gerencial emergiu como resposta à crise do Estado; como estratégia para a redução do custo e para tornar mais eficiente a administração dos serviços que o Estado deve prestar. Nesse sentido também se apresenta como instrumento de proteção do patrimônio público contra a corrupção. Algumas características a definem: é orientada para o cidadão-usuário e para a obtenção de resultados; pressupõe uma linha de comportamento irrepreensível por parte dos agentes públicos[29]; como estratégia, serve-se da descentralização, do incentivo à criatividade e à inovação; o instrumento mediante o qual se faz o controle sobre os gestores públicos é o contrato de gestão. Enquanto a administração pública burocrática concentra-se no procedimento, a administração pública gerencial orienta-se para resultados. Afirma que a administração burocrática crê no procedimento como mecanismo mais seguro de controle preventivo da corrupção, pois entende que punir é sempre mais difícil do que prevenir. Afirma, ainda, que os mecanismos burocráticos tradicionais são ineficazes contra as novas formas de apropriação privada do espaço público[30].

Bresser também critica a administração burocrática, qualificando-a como auto-referente, pois se concentra em suas próprias necessidades e perspectivas. Em contraponto, a administração pública gerencial concentra-se nas necessidades e perspectivas do cidadão-usuário[31].

28 BRESSER PEREIRA., op. cit., p. 28.

29 BRESSER PEREIRA., op. cit., p. 30.

30 BRESSER PEREIRA., op. cit., p. 29.

31 BRESSER PEREIRA., op. cit., p. 29.

2.4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOCIETAL: A ORIGEM DAS ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS NO BRASIL

A administração pública societal está ligada a movimentos sociais brasileiros, que alcançaram o auge na década de 60 durante o governo João Goulart. Com o golpe de 1964 as mobilizações ressurgiram somente na década de 70, período no qual, inspirada pelos ideais da teologia da libertação e da educação popular, a Igreja Cristã catalisou a discussão de problemas coletivos nas Comunidades Eclesiais de Base (CEB). Promovendo os clubes de mães, os grupos de estudos do evangelho e os encontros de jovens, as CEB se consolidaram como espaço alternativo para a mobilização política, uma vez que estimulavam a participação no debate das dificuldades cotidianas, contribuindo para a formação de lideranças populares[32].

Esse ambiente acabou por estimular a articulação de alguns grupos em torno de questões que afetavam substancialmente a qualidade de vida individual e coletiva, originando reivindicações populares perante o poder público. Surgiram demandas por transporte, habitação, abastecimento de água e saneamento básico, saúde, creche, dentre outros. Alguns grupos também protagonizaram mobilizações pela cidadania, tais como: os movimentos que protestavam contra o alto custo de vida, o desemprego, a repressão política e a opressão à mulher. Também se constituíam os primeiros Centros Populares, espaços criados para facilitar a atuação junto às CEB e bases comunitárias. A partir da década de 80 tais Centros passaram a ser denominados "organizações não-governamentais" (ONG)[33].

Consolidava-se assim o campo no qual transitavam os movimentos populares e sociais, o movimento sindical, as pastorais sociais, os partidos políticos de esquerda e centro-esquerda e as ONG. Na esteira desses movimentos, no início da década de 80, surgiram as primeiras experiências que tentaram romper com a forma centralizada e autoritária de exercício do poder público. Foi o caso dos mutirões de casas populares e hortas comunitárias de Lages, em Santa Catarina, e as iniciativas de participação ocorridas durante o governo Franco Montoro, em São Paulo, e na administração de José Richa, no Paraná. O tema da participação popular na gestão pública foi o cerne dessa mobilização e atingiu o ápice em meados da década de 80, quando

32 DE PAULA, Ana Paula Paes. Entre o gerencialismo e a gestão social: em busca de um novo modelo para a administração pública brasileira. Disponível em: <http://www.participacaopopular.org.br/textos/ana.paula.paes_entre.o.gerencialismo.pdf> Acesso em: 26 set. 2008, p. 5.

33 DE PAULA, op. cit., p. 5.

instaurada a Assembléia Nacional Constituinte, oportunidade na qual diferentes forças políticas ofereciam suas propostas para formular um novo referencial nas relações entre Estado e sociedade, cada qual fundamentada na sua visão de como deveria ser construída a democracia no Brasil[34].

Apesar da heterogeneidade, o campo movimentalista centrava-se na reivindicação da cidadania e no fortalecimento do papel da sociedade civil na condução da vida política do país, pois questionava o Estado como protagonista da gestão pública[35]. Nesse contexto a concepção de um projeto político que ampliasse a participação social na formulação e implantação de políticas públicas tornou-se predominante. Multiplicaram-se governos estaduais e municipais com propostas inovadoras de gestão pública, abrigando diferentes experiências de participação social. Tais experiências foram construídas principalmente nos governos das Frentes Populares que começavam a ganhar maior importância no cenário político. Ampliava-se, assim, a inserção do campo movimentalista, que passou a atuar nos governos municipais e estaduais através dos conselhos de gestão tripartite, comissões de planejamento e outras formas específicas de representação[36].

A reforma gerencial implementada em 1998 desconsiderou esse outro paradigma existente, que rearticulava a relação entre Estado e sociedade a partir de uma combinação dentre democracia representativa e participativa[37]; proposta que tentou ir além dos problemas administrativos e gerenciais agregando a visão de projeto político e de desenvolvimento nacional. Tal orientação passou a ser defendida por intelectuais de esquerda e também por algumas lideranças do Partido dos Trabalhadores (PT), que se opunham ao projeto gerencial de reforma do Estado[38].

---

34 Ibid.

35 MEZZOMO KEINERT. T. M. Administração pública no Brasil: crises e mudanças de paradigmas. São Paulo: Annablume, Fapesp, 2000 apud DE PAULA, Ana Paula Paes. Entre o gerencialismo e a gestão social: em busca de um novo modelo para a administração pública brasileira. Disponível em: <http://www.participacaopopular.org.br/textos/ana.paula.paes_entre.o.gerencialismo.pdf>. Acesso em: 26 set. 2008.

36 DE PAULA, Ana Paula Paes. Entre o gerencialismo e a gestão social: em busca de um novo modelo para a administração pública brasileira. Disponível em: <http://www.participacaopopular.org.br/textos/ana.paula.paes_entre.o.gerencialismo.pdf>. Acesso em: 26 set. 2008, p. 5 - 6.

37 SOUZA SANTOS, Boaventura de. A reinvenção solidária e participativa do Estado. In: BRESSER PEREIRA, L. C.; WILHEIM, J. E SOLA, L. (org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: Unesp; Brasília: ENAP, 1999. p. 243-271.

38 Ibid.

A esfera pública não-estatal não depende necessariamente do suporte da representação política tradicional, sendo constituída por organizações locais, regionais, nacionais e internacionais que mediam a ação política direta dos cidadãos[39]. Esse conceito de esfera pública não-estatal envolve a elaboração de novos formatos institucionais que possibilitem a co-gestão e a participação dos cidadãos nas decisões públicas. Nesse processo as políticas e ações governamentais conferem identidade aos envolvidos, alteram o cotidiano da cidade e interferem na compreensão política da cidadania[40].

Aqui se destaca a ação dos governos locais através de experiências alternativas de gestão pública, tais como as examinadas pelo programa "Gestão Pública e Cidadania"[41], que tem por objetivo identificar, divulgar e premiar iniciativas inovadoras de gestão pública, estimulando o debate e a reflexão das experiências com a articulação entre o governo e a sociedade civil. Vale mencionar, ainda, a construção de canais de participação, como os Fóruns Temáticos voltados à discussão de questões relacionadas com o interesse público, os Conselhos Gestores de Políticas Públicas e o Orçamento Participativo[42].

Para Ana Paula Paes de Paula, essas experiências alternativas manifestaram-se de maneira fragmentada, demandando construção e articulação de um projeto político mais abrangente para o Estado e a sociedade, contemplando os seguintes elementos: 1) um novo modelo de desenvolvimento para o Brasil que fizesse frente à crise do nacional-desenvolvimentismo; 2) uma proposta de reorganização para o aparelho do Estado; e 3) uma visão de gestão pública alternativa ao gerencialismo. Emergia a administração pública societal, mas não havia uma representação política presente no governo federal capaz de implementá-la[43].

A vitória do Partido dos Trabalhadores (PT) nas eleições presidenciais de 2002, possibilitou que uma coalizão agregadora de

39 HOLANDA, op. cit., p. 24.

40 DE PAULA, Ana Paula Paes. Entre o gerencialismo e a gestão social: em busca de um novo modelo para a administração pública brasileira. Disponível em: <http://www.participacaopopular.org.br/textos/ana.paula.paes_entre.o.gerencialismo.pdf> Acesso em: 26 set. 2008.

41 SPINK, P. The rights approach to local public management: experiences form Brazil. Revista de Administração Pública, v. 32, n. 5 p. 7-23, set./out. 1998 apud DE PAULA, Ana Paula Paes. Entre o gerencialismo e a gestão social: em busca de um novo modelo para a administração pública brasileira. Disponível em: <http://www.participacaopopular.org.br/textos/ana.paula.paes_entre.o.gerencialismo.pdf>. Acesso em: 26 set. 2008, p. 6.

42 DE PAULA, op. cit.

43 DE PAULA, op. cit., p. 7.

setores populares, partidos de esquerda, centro-esquerda e setores do empresariado nacional, tivesse acesso ao poder. Tal fato fez nascer a oportunidade para a implementação de um projeto que se diferenciasse pela promoção e difusão das virtudes políticas do campo movimentalista, de modo a reformular as relações entre Estado e sociedade, pela consolidação da cidadania[44].

3 A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 19/98 E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Conforme afirmei anteriormente, Bresser propôs a redução do Estado a uma estrutura tipicamente privada. Compreende eficiência administrativa não como elemento que contribui para a utilização racional dos recursos disponíveis ao Estado, voltada ao incremento de capacidade na prestação de serviços públicos, mas como redutor dos canais de comunicação entre Estado e sociedade e, consequentemente, das demandas sociais por esses serviços. Também reduziu os destinatários à condição de usuários, retirando-lhes a titularidade de direitos[45].

Muito embora tenha sido esse o espírito da reforma administrativa, entendo que uma interpretação coerente do ordenamento conduz a outra conclusão, diferente daquela idealizada por Bresser Pereira[46]. Ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, a eficiência foi agregada explicitamente ao significado do "interesse público" que norteia e condiciona o exercício da função administrativa[47]. Nesse sentido, eficiência deve ser compreendida como critério qualitativo, pois consisti na realização prática de todos os demais princípios administrativos[48]. Por esse motivo parte da doutrina entende que a inclusão desse princípio no *caput* do art. 37 da Constituição não inovou o

44 DE PAULA, op. cit., p. 7.

45 Entendimento do autor.

46 Entendimento do autor.

47 Entendimento do autor.

48 BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. O Público Não Estatal. In: LYRA, Rubens Pinto (org). *Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate.* João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2004. p. 32.

ordenamento[49], pois apenas explicitou o que era implícito[50]. Isso porque a ineficiência sempre foi intolerável tanto na esfera privada como na esfera pública[51].

Batista ressalta que eficiência requer a satisfação do interesse público, transparência das atividades, amplo acesso da população interessada aos serviços prestados - como beneficiária e agente de decisão -, desburocratização e flexibilização do aparelho estatal, no sentido de buscar o máximo desempenho a custo reduzido. A eficiência, afirma ele, redunda no controle de resultados das atividades desenvolvidas pelo aparelho estatal[52]. A idéia central reside no binômio modernização-participação, protagonizado pelo "cidadão-cliente", a ser efetivado com a criação de canais de cominicação entre a sociedade e o Estado, que figura como responsável pela perstação desses serviços.

A emenda constitucional nº 19/98 também ampliou a compreensão do que se entende por "espaço público", estabelecendo um sistema de "parceria" entre Estado e sociedade na prestação de diversos serviços de interesse social (educação, saúde, assistência social e ciência e tecnologia). Designados como atividades não-exclusivas, tais serviços tornaram-se passíveis de execução por organismos da sociedade civil, de natureza privada, mas voltados à consecução do interesse público. Surge a esfera pública não-estatal, onde o controle das atividades é exercido em comparação com metas governamentais previamente estabelecidas[53].

Atualmente participam desse sistema as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, as Organizações Sociais e as Entidades Beneficentes de Assistência Social. Organizações Sociais são entidades de natureza privada, criadas por decreto a partir da

---

49 CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *A Emenda Constitucional nº 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, n. 7, p 209-217, abr./jun. 1999. p. 216.

50 *A Enciclopédia Abril*. v. 1, 1971, p.71, aponta quais foram as três fases mais importantes da Administração Pública brasileira e mostra que a partir da década de 1930 a preocupação com a eficiência marcou um novo período de sua evolução. "Três grandes fases podem ser assinaladas na evolução da administração pública brasileira: a) até 1930, ela absorvia a mão-de-obra excedente entre pessoas letradas que tinham a obrigação de conhecer leis, regulamentos e praxes. Nessa fase predominam preocupações de caráter jurídico-legal; b) de 1930 até 1945, é introduzida a preocupação com a eficiência; c) de 1945 em diante, preocupação básica que vai tomando conta da administração pública no Brasil está cada vez mais ligada à idéia de planejamento."

51 Entendimento do autor.

52 BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. O Público Não Estatal. In: LYRA, Rubens Pinto (org). *Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate*. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2004. p. 32.

53 BATISTA, op. cit., p. 31-32.

extinção do órgão público congênere, que assume os fins do órgão extinto através de um contrato de gestão, assinado com o poder público competente. Submete-se a um controle finalístico, exercido pelo Estado. As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP (Lei n° 9.790/99) também possuem natureza privada, mas finalidade institucional de interesse público desenvolvida sem fins lucrativos. Mediante a assinatura de um "Termo de Parceria" a OSCIP compromete-se com fins predeterminados. O Estado arca com parte das despesas e exerce o controle periódico de resultados. Por fim, Entidades Beneficentes de Assistência Social – EBAS são definidas pela Lei nº 8.742, Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS, como aquelas que prestam, sem fins lucrativos, atendimento e assessoramento às pessoas carentes, bem como as que atuam na defesa e garantia de seus direitos[54].

4 PARTICIPAÇÃO E CONTROLE NO ESTADO REFORMADO: CRÍTICA

À redução da esfera estatal segue a concentração do controle efetivo dos serviços públicos pelos principais órgãos do Estado (núcleo estratégico e agências executivas). Ocorre que tal estratégia também acaba por restringir os canais de participação social em áreas importantíssimas, impossibilitando às entidades interessadas interferir na formulação de tais políticas, restando apenas a execução das metas estabelecidas previamente pelo Poder Público. Outro aspecto importante refere-se à ausência de critério para análise de metas e procedimentos no controle de resultados. Ou seja, falta definir o significado da eficiência para ambas as esferas: pública e privada. Para o setor público eficiência significa a realização prática de todos os princípios administrativos; para o setor privado significa o alcance de uma meta de qualidade[55].

O § 3° do art. 37 da Constituição da República dispõe no sentido de que cabe à lei disciplinar a participação do "usuário" na administração pública direta e indireta, regulando especialmente as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, assegurada a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade desses serviços. Também cabe à lei disciplinar o acesso do usuário a registros administrativos e a informações sobre atos de governo e, por fim, disciplinar a representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função pública. Contudo, conforme afirmei anteriormente, a expressão "usuário" encerra conteúdo

54 Entendimento do autor.

55 Ibid., p. 33.

restritivo, que limita a participação nesse controle. Contrariando a idéia inicial de ampla participação popular, de um vértice de controle bastante aberto, o conceito de usuário introduzido pela Emenda Constitucional n° 19/98 parece não contemplar uma ampla dimensão participativa e fiscalizadora[56].

Carbonari critica a ideologia contida na opção pelo termo "usuário", ao afirmar que:

> a cidadania, historicamente, implica reconhecimento de sujeitos de direito demandantes e institucionalidades públicas responsáveis por sua satisfação, notadamente circunscritas e dependentes de tradições culturais e de arranjos políticos centrados nos Estados nacionais e em organismos internacionais por estes patrocinados. Clientes, no entanto, não implicam em sujeitos, implicam em consumidores, que buscam bens para a satisfação de necessidades - via de regra, criados pelos próprios agentes econômicos como sobreposição ilusória às necessidades humanas básicas - atendidas por agentes privados em relações de troca mediadas pelo valor monetário. Cidadania implica universalidade; consumo implica poder de compra. A lógica do mercado rompe com o princípio fundante da cidadania e os Direitos Humanos passam a deixar de ser direitos de cidadania. Chega-se a confundi-los com o direito à livre iniciativa dos agentes econômicos[57].

Mas a garantia de maior eficiência na prestação dos serviços públicos não se relaciona à forma de propriedade das entidades prestadoras (públicas ou privadas). Esse dado importa mais ao tamanho do aparelho estatal e menos ao fato das entidades privadas serem eficientes, quando comparadas às entidades públicas. No mundo globalizado, a palavra de ordem é competir. O que determinará a eficiência na prestação dos serviços não é a divisão entre publico e privado, mas a relação monopólio *versus* competição. Nesse sentido, o monopólio privado será tão ineficiente como o público, pois não haverá concorrência. Logo, também não haverá interesse em aprimorar o serviço prestado[58].

---

56 Ibid., p. 33.

57 CARBONARI, Paulo César. *Sistema Nacional de Direitos Humanos: subsídios para o debate.* Brasília: Movimento Nacional dos Direitos Humanos, 2004. p. 28.

58 GAEBLER, Ted; OSBORNE, David. *Reinventando o governo.* Como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Tradução de Sérgio Bath e Evandro Magalhães Júnior. 10. ed. Brasília: MG Comunicações, 1998. p. 83.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que o culto à personalidade, assim como as relações de amizade e de interesse, agregaram-se aos usos e costumes do brasileiro como elemento cultural trazido pelos portugueses, no contexto de uma colonização exploratória. Por esse motivo o Estado sempre foi tratado como organismo a serviço de projetos pessoais de poder; elemento que se apresenta como uma das principais causas da corrupção e de apropriação privada da máquina administrativa.

Nas últimas décadas o Brasil buscou um novo modelo de gestão pública, capaz de tornar o Estado mais transparente, aberto às necessidades dos cidadãos, voltado ao interesse público e mais eficiente na coordenação da economia e dos serviços. Assim identificaram-se dois projetos políticos em disputa: o primeiro, inspirado na vertente gerencial; o segundo encontra-se em desenvolvimento e tem como referência a vertente societal, com raízes no ideário dos herdeiros políticos das mobilizações populares, com destaque para os movimentos sociais.

A administração pública gerencial foi implementada pela Emenda Constitucional n° 19/98 e se apresenta como alternativa autoritária e centralizadora. Surgiu como uma resposta setorial à crise do Estado e propõe um modelo tipicamente privado ao aparelho administrativo. Na visão de Bresser Pereira eficiência administrativa não implica na utilização racional dos recursos disponíveis ao Estado, para o incremento da capacidade estatal na prestação de serviços com qualidade e rapidez. Para ele eficiência é o produto da redução dos canais de diálogo entre Estado e sociedade, de modo a restringir as demandas sociais por serviços públicos. Também reduz os destinatários desses serviços à condição de usuários do sistema, o que funciona como elemento limitador de participação. Bresser afirma que tal estratégia apresenta-se como instrumento mais efetivo de proteção do patrimônio público contra a corrupção, pois os mecanismos burocráticos tradicionais mostraram-se ineficazes contra as novas formas de apropriação privada do espaço público.

A Emenda Constitucional nº 19/98 também ampliou a compreensão do que se entende por "espaço público", estabelecendo um sistema de "parceria" entre Estado e sociedade na prestação de diversos serviços de interesse social (educação, saúde, assistência social e ciência e tecnologia). Designados como atividades não-exclusivas, tais serviços tornaram-se passíveis de execução por organismos da sociedade civil, de natureza privada, mas voltados à consecução do interesse público. Surge a esfera pública não-estatal, onde o controle das atividades é focado no

resultado a partir de metas governamentais previamente estabelecidas por um núcleo estratégico. A sistemática proposta por Bresser também diminui a oportunidade de participação social na formulação das políticas públicas, restando apenas a execução de metas.

A vertente societal surge a partir de manifestações fragmentadas. Tem como foco a reivindicação da cidadania e o fortalecimento do papel da sociedade civil na condução da vida política do país, pois questiona o Estado como protagonista da gestão pública. Nesse contexto, trata-se de projeto político que amplia a participação social a partir de experiências construídas principalmente nos governos das Frentes Populares, que ganharam maior importância no cenário político.

Bresser Pereira afirma que o modelo gerencial aprimora a eficiência dos serviços sociais prestados ou fomentados pelo Estado. Ocorre que a garantia de maior eficiência na prestação dos serviços públicos não está relacionada à forma de propriedade das entidades prestadoras (públicas ou privadas). Esse dado importa mais ao tamanho do aparelho estatal e menos ao fato das entidades privadas serem eficientes, quando comparadas às entidades públicas. No mundo globalizado a palavra de ordem é competir. Nesse sentido o que determinará a eficiência na prestação dos serviços não é a divisão entre publico e privado, mas a relação monopólio *versus* competição. Logo, o monopólio privado será tão ineficiente como o público, pois não haverá concorrência e, consequentemente, também não haverá interesse em aprimorar o serviço prestado.

A crítica formulada por Bresser ao modelo burocrático volta-se para o procedimento e para a apropriação particular do espaço público. Contudo, a falha do sistema burocrático reside na apropriação privada do procedimento e da estrutura administrativa; não no modelo burocrático em si. Nesse sentido, mostra-se necessário implementar mecanismos de controle e de transparência, de modo a evitar essa apropriação.

Batista está correto ao afirmar que o público não estatal deve ser fruto do aprofundamento democrático e de uma consciência cidadã bem formada; consequência de uma ampla participação política e da utilização eficaz de seus instrumentos. A concepção de um público não estatal que seja mero produto de uma imposição governamental - fruto de uma visão particular - mostra-se incoerente com a origem do termo e não reflete uma cultura política libertária, assimilada por uma população acostumada à liberdade[59]. Nesse sentido, a verdadeira

59 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperder, Paulo Astor Soethe [UFPR] e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p 311. No apêndice à obra *Facticidade e validade*, publicado como a parte V do livro *A inclusão do outro*, Habermas abordou o significado das "políticas deliberativas". Em réplica manifestada no Simpósio da Cardozo Law School, ao

solução para a crise do Estado é o aprimoramento da democracia, o que se dará com a abertura de novos canais e participação, tal como a criação de Ouvidorias. Com a abertura desses canais entendo que surgirão alternativas institucionais viáveis e eficientes para responder aos mais amplos interesses da sociedade[60].

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Sandra Pires. Impacto da Globalização Sobre o Princípio da Eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 224, p. 197-210, abr./jun., 2001.

BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. O Público Não Estatal. In: LYRA, Rubens Pinto (org). *Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate.* João Pessoa: Universitária da UFPB, 2004.

PEREIRA. Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. Tradução de Carolina Andrade. In: BRESSER PEREIRA. Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado*

tratar da inserção do "justo" nas concepções do que seja bom, afirmou que para Bernstein determinados procedimentos e pressupostos comunicacionais só podem ser capazes de fundamentar a formação democrática da opinião e da vontade se o ânimo dos cidadãos envolvidos estiver motivado por "virtudes civis". Afirma que esse posicionamento não representa restrição à concepção de Habermas, no sentido de que o "Estado de Direito" não gira em torno de si mesmo, mas "permanece dependente de uma **cultura política libertária** e de uma **população acostumada à liberdade**." Ou seja, permanece dependente de iniciativas de associações formadoras de opinião e dos respectivos modelos de socialização. Também se referiu a Michelman (p. 317) como um proeminete escritor sobre política deliberativa. Afirmou concordar com suas posições, mas esclareceu não saber ao certo se as objeções dele remetem a uma diferença filosófica de opinião ou a uma diferença de ângulo de visão. Habermas refere-se, em suas reservas, a um conceito "dialógico" de política deliberativa que, por meio de uma oposição idealizadora ante a política "instrumental", inclui a grande massa nas negociações, ou seja, "a compensação de interesses com base no estabelecimento de acordos". Para Michelman, afirma Habermas, trata-se da apreensão exata de um conceito de eticidade pós-convencinal, ao qual cabe a tarefa de "formar um contexto formador de motivos propício à percepção adequada dos direitos de cidadania." Habermas ressalta que uma cultura política "transigente" nasce do contexto de uma determinada cultura política liberal, que gera e funda em sociedades pluralistas uma consciência civil compartilhada, para além das diferenças; "é a remissão aos princípios constitucionais, universalistas e prenunciadores de igualdade de direitos." Habermas acentua que os Estados constitucionais surgem naturalmente em grande quantidade e que não se distinguem apenas pelo ordenamento institucional, mas "na letra de seus atestados de fundação." Afirma que o direito constitucional é institucional desde o início. Contudo, o que faz que tais Estados sejam Estados democráticos de direito é a implantação de direitos fundamentais, que contêm um teor universalista de significado.

60 BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. O Público Não Estatal. In: LYRA, Rubens Pinto (org). *Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate.* João Pessoa: Universitária da UFPB, 2004. p. 35.

e Administração Pública Gerencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

_____. *Reforma do Estado para a cidadania. A reforma gerencial na perspectiva internacional*. Brasília: ENAP. São Paulo: Ed. 34, 1998.

CARBONARI, Paulo César. *Sistema Nacional de Direitos Humanos: subsídios para o debate*. Brasília: Movimento Nacional dos Direitos Humanos, 2004.

COSTA. Francisco Seixas da. O nepotismo, o emprego e o ? Estadão? O Estado de São Paulo, São Paulo, 31 agosto 2008. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080831/not_imp233622,0.php>. Acesso em: 15 set. 2008.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional n° 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, n. 7, p. 209-217, abr./jun. 1999, p. 216.

DE PAULA. Ana Paula Paes. Entre o gerencialismo e a gestão social: em busca de um novo modelo para a administração pública brasileira. Disponível em: <http://www.participacaopopular.org.br/textos/ana.paula.paes_entre.o.gerencialismo.pdf> Acesso em: 26 set. 2008.

DOMÉ. Luiza. Mensalão do DEM: Lula lamenta que escândalo do mensalão no DF tenha levado à prisão de Arruda. O GLOBO; Agência Brasil. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2010/02/11/lula-lamenta-que-escandalo-do-mensalao-no-df-tenha-levado-prisao-de-arruda-915842698.asp> Acesso em: 22 fev. 2010.

GENRO. Tarso. Teses para a criação de uma política democrática e socialista. In: GENRO. Tarso (org.). *Porto da cidadania: a esquerda no governo de Porto Alegre*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1997.

GIRALDO, Renata. STF proíbe nepotismo nos três Poderes: medida deve vigorar em dez dias. FOLHAONLINE. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u435945.shtml>. Acesso em: 22 set.2008.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo. Do Instituto do Ombudsman à Construção das Ouvidorias Públicas no Brasil. In: LYRA, Rubens Pinto (org). *Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate*. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2004, p. 41-117.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

GUERREIRO, Renato Navarro. Os lucros sociais. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 6 fev. 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. Tradução de George Sperder, Paulo Astor Soethe [UFPR] e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HARGER, Marcelo. Reflexões Iniciais Sobre o Princípio da Eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 151-156, jul./set., 1999.

JACOBI, P. *Políticas sociais e ampliação da cidadania*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

LYRA, Rubens Pinto. Ouvidor: O Defensor dos Direitos na Administração Brasileira. In: LYRA, Rubens Pinto (org). *Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate*. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2004.

MEZZOMO KEINERT. T. M. *Administração pública no Brasil: crises e mudanças de paradigmas*. São Paulo: Annablume, Fapesp, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SOUTO, Isabella; CIPRIANI, Juliana. Ao lado dos padrinhos. *Correio Brasiliense*. Brasília, 16 setembro 2008. Política.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. A reinvenção solidária e participativa do Estado. In: BRESSER PEREIRA, L. C.; WILHEIM, J. E SOLA, L. (org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: Unesp; Brasília: ENAP, 1999, p. 243-271.

SPINK, P. The rights approach to local public management: experiences from Brazil. *Revista de Administração Pública*, v. 32, n. 5, p. 7-23.

PUNINDO O ESTADO SEM CULPA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONFORMA-SE COM PUNITIVE DAMAGES?

Felipe Dantas de Araújo
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de Punitive Damages; 2 Introdução de Punitive Damages na Doutrina Jurídica Brasileira: Danos Morais; 3 Introdução de Punitive Damages na Legislação Brasileira; 4 Surgimento da Responsabilidade Civil Objetiva Punitiva do Estado: Punitive Damages na Jurisprudência Brasileira; 5 Crítica Extra-sistêmica à Responsabilidade Civil Objetiva Punitiva do Estado; 6 Crítica Intra-sistêmica à Responsabilidade Civil Objetiva Punitiva do Estado; 7 Contemporizando Danos Morais e Punitive Damages; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: Percebe-se atualmente no direito brasileiro um movimento, expresso em projetos de leis, decisões judiciais e doutrina, de introdução do conceito de *punitive damages* no campo da responsabilidade civil. Declara-se expressamente a inspiração no *common law*, onde se admite em alguns casos especialmente reprováveis que a indenização inclua um componente pecuniário extra, de natureza de punição do autor do dano, para além da sua função puramente compensatória, com a finalidade de prevenção e desestímulo de novos ilícitos. Como tradicionalmente, nos ordenamentos jurídicos filiados ao sistema do *civil law* a reparação é adstrita à recomposição ou reparação natural do bem jurídico lesado, este artigo elaborará sobre a possibilidade e as conseqüências da importação do conceito de *punitive damages* pa civil do Estado. Pretende-se provar a hipótese de que a indenização punitiva ra o direito brasileiro, especialmente quando cotejado com o instituto da responsabilidade, tal qual sua formatação e prática originais no sistema do *common law*, não se coaduna, quando se trata da responsabilidade civil do Estado, com os fundamentos e princípios de nosso direito civil-constitucional.

ABSTRACT: It is currently visible in Brazilian law a tide, expressed in projects of laws, judicial decisions and doctrine, favoring the introduction of the concept of punitive damages in the field of civil liability. It is of declared inspiration in the common law system, which admits, in some particularly reprehensible cases, that damages include, besides a purely compensatory perspective, an extra cash component, meaning a punishment of the injury perpetrator, with the aim of preventing and discouraging new tort acts. As in the law of the countries affiliated with the system of civil law, damages are traditionally assigned to repair or redress an injury, this paper analyses the possibility and consequences of importing the concept of punitive damages to Brazilian law, especially when confronted with prevalent rules applicable to the civil liability of the government. Our aim is to prove the hypothesis that the punitive damages, as in its original design and practice in the system of common law, is inconsistent with principles of Brazilian civil and constitutional law, especially in the perspective of civil liability of the government.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; Responsabilidade civil do estado. Responsabilidade objetiva. Valor desestímulo. *Punitive damages.*

KEYWORDS: Brazilian civil law. Tort law. Civil liability of the government. Objective liability in tort law. And Punitive damages.

INTRODUÇÃO

A palavra responsabilidade[1] possui muitos usos em direito, e comumente seu conceito é densificado adjetivando-a com o ramo do direito apropriado. Assim temos as expressões: responsabilidade penal, responsabilidade administrativa, responsabilidade tributária e responsabilidade civil. Muito embora diferentes, há um campo de identidade semântica comum em todas elas: responsabilidade significa a conseqüência jurídica imposta a alguém em decorrência da violação de alguma norma: "a responsabilidade configura um dever jurídico sucessivo, resultante da violação de um dever jurídico originário."[2]. Ou ainda, "a imputação a alguém da obrigação de ressarcir o dano ou de cumprir uma pena, em face de um antecedente descumprimento de um dever jurídico"[3]. Qual conseqüência, contra quem ela é imposta, e em decorrência de qual norma violada são os elementos de diferenciação de cada modalidade ou tipo de responsabilidade.

Seguindo esse raciocínio, somos tentados a afirmar que a conseqüência da violação de uma norma civil que produza um dano patrimonial será a imposição ao causador desse dano, que tenha agido com culpa, do dever jurídico de reparar o dano causado. Muito embora essa afirmação se afigure juridicamente possível, ela não é sempre correta – aliás, mais do que nem sempre, freqüentemente ela não o é. São várias as exceções a esse conceito reduzido de responsabilidade civil. A uma, nem sempre é possível que ocorra recomposição ou reparação natural (*in integro*) do bem jurídico lesado, pelo que se recorre a um substitutivo econômico correspondente: indenização em dinheiro[4]. A duas, esse substitutivo econômico não necessariamente corresponde a um valor econômico do dano causado, como na hipótese de dano moral. Em terceiro lugar, nem sempre o causador do dano será o responsável pela reparação, como na responsabilidade civil por ato de terceiro. Por

---

1 O referencial teórico sobre responsabilidade jurídica aqui adotado, embora não se demonstre dada à exigüidade de espaço, segue em larga medida o exposto em LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade Jurídica: Horizontes, Teoria e Linguagem.* Quartier Latin: São Paulo, 2006.

2 Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República.* vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 804.

3 LOPES, op. cit., p. 260.

4 Para Lisboa (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, v. 2:* Obrigações e Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 428):

"Observa-se o princípio geral da restituição ou recomposição integral ao estado anterior ao prejuízo verificado (*restitutio in integrum*), e, se esta não for viável, a indenização, somente admitindo-se esta de forma excepcional à limitação da reparação."

sua vez, a responsabilidade civil do Estado é não só um exemplo de não coincidência entre o responsável e o causador do dano, como também da regra que afasta a necessidade de verificação de culpa na conduta da qual resultou o dano.

Alguns desses exemplos de regras desviantes de um enunciado ortodoxo e simplista do conceito de responsabilidade civil não são nenhuma novidade – mesmo os exemplos mais novos no direito brasileiro, como a responsabilidade objetiva do Estado, estão já há alguns anos firmemente consolidados na lei, na jurisprudência e na doutrina. Entretanto, uma moderna inovação no campo da responsabilidade civil vem sendo cada vez mais propalada na doutrina, e já há exemplos de introdução prática do conceito em nosso ordenamento, em acórdãos de tribunais superiores e em projetos de leis ordinárias. Referimo-nos ao instituto dos *punitive damages*[5]. Tradicionalmente, nos ordenamentos jurídicos filiados ao sistema do *civil law*, a reparação é adstrita à recomposição ou reparação natural do bem jurídico lesado, ou à indenização, mediante pecúnia, o que denominaremos de monismo ou teoria monista. Por outro lado, no sistema do *common law*, a responsabilidade civil é enxergada em um caráter dualista. Nesse sentido, além da concepção tradicional de indenização puramente compensatória, admite-se em alguns casos especialmente reprováveis que a condenação resultante da responsabilidade civil inclua um componente pecuniário extra, de natureza de punição do autor do dano, com a finalidade de prevenção e desestímulo de novos ilícitos.

Conforme declarado no título, este artigo elaborará sobre a possibilidade e as conseqüências da importação desse conceito alienígena, especialmente quando cotejado com o já tradicional instituto da responsabilidade civil do Estado. Pretende-se provar a hipótese de que a indenização punitiva, tal qual sua formatação e prática originais no sistema do *common law*, não se coaduna, quando se trata da responsabilidade civil do Estado, com os fundamentos e princípios de nosso direito constitucional-administrativo.

Nesse sentido, a demonstração da hipótese de que não são cabíveis *punitive damages* na responsabilidade civil do Estado pode gerar uma vultosa economia ao patrimônio público, representada pela não-majoração no valor pecuniário das indenizações contra a fazenda pública. Nessa mesma perspectiva, a hipótese antecipará a criação de uma tese de defesa judicial da União e suas entidades, promovida pela Advocacia-Geral da União.

---

5 Ou *exemplary damages*. GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. St. Paul (MN): West, 2004. 8. ed. p. 417.

Há juristas que não sofrem de nenhuma culpa ao atacar o Erário com avidez. Em resposta, provaremos que não é possível punir o Estado sem culpa.

1 CONCEITO DE *PUNITIVE DAMAGES*

Alguns autores traduzem a expressão *punitive damages* como "danos punitivos", do que discordamos. *Damages* não é simplesmente o plural de *damage*. *Damage*[6] poderia ser traduzido para o jargão jurídico no idioma português como "prejuízo": "perda ou dano à pessoa ou à propriedade." *Damages*[7], por sua vez, corresponderia à nossa categoria "indenização": "quantia demandada, ou que se ordena que se pague a alguém, como compensação por perda ou dano". Já a melhor tradução de *punitive damages* seria a de "indenização punitiva"[8], conforme se depreende do conceito a seguir transcrito[9]:

> A indenização concedida em complemento a danos tangíveis, quando o demandado tenha agido com imprudência, malícia ou fraude; especificamente, indenização quantificada de forma a penalizar o autor do dano, ou a fazer dele exemplo para outros.

Behr[10] acrescenta os seguintes advérbios que qualificam a conduta danosa passível de ser responsabilizada com indenização punitiva, além da indenização compensatória: "intencionalmente, maliciosamente, conscientemente, imprudentemente, dolosamente, deliberadamente, opressivamente". Observe-se por esses advérbios que a conduta que enseja *punitive damages* deve se revestir de um grau elevado de reprovabilidade ou de censurabilidade. A culpa necessária à verificação de nossa responsabilidade civil subjetiva não seria

6 *Damage. Loss or injury to person or property* – Tradução livre do original. GARNER, op. cit., p. 416.

7 *Damages. Money claimed by, or ordered to be paid to, a person as compensation for loss or injury* – Tradução livre do original. Ibidem, loc. cit.

8 Tradução também adotada por MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas*, p. 48. In *Revista Trimestral de Direito Civil*: RTDC, v.5, n.18, p.45-78, abr./jun., 2004 e por COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e Abusos da Função Punitiva*, p. 16. *Revista CEJ*, p. 15-32, jan/mar 2005.

9 *Punitive damages. Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice or deceit; specif., damages assessed by way of penalizing the wrongdoer or making an example to others injury* – Tradução livre do original. GARNER, op. cit., p. 418.

10 *"intentionally," "maliciously," "consciously," "recklessly," willfully," "wantonly," or "oppressively"* – Tradução livre do original. BEHR, Volker. *Punitive Damages in American and German Laws*, p. 105. Chicago: *Chicago Kent Review* nº 78, pp. 105-167, 2003.

suficiente para uma condenação em indenização punitiva. Fazendo um paralelo com a gradação dos níveis de culpa da tradição romana, o nível de reprovabilidade necessário à aplicação de *punitive damages* seria encontrado somente a partir da culpa grave, nunca da culpa leve.

O mesmo autor, estabelecendo as diferenças entre os sistemas de responsabilidade civil estadunidense (dualista: indenização compensatória e punitiva) e alemão (como o brasileiro, monista: indenização apenas compensatória), identifica resumidamente as seguintes características que os distinguem: a indenização/reparação compensatória é orientada para o dano e para a vítima, no sentido de que o montante do dano e as conseqüências para a vítima serão os parâmetros para a quantificação do valor da indenização; e é retrospectiva, porque serve para colocar a vítima na posição em que estaria se o ato ilícito não tivesse ocorrido. Por outro lado, a indenização punitiva é orientada para a ação e para o autor, vez que características morais da ação e psicológicas do ofensor é que servirão para quantificá-la; e é prospectiva porque serve para punir e prevenir a prática de novos atos ilícitos pelo autor do dano.

Muito embora na Alemanha o sistema de responsabilidade civil seja, como o nosso, tradicionalmente monista, e haja, portanto, uma oposição natural à recepção de elementos de indenização punitiva, Brand aponta que ironicamente uma das melhores elaborações sobre a finalidade da indenização punitiva pode ser encontrada não na jurisprudência estadunidense, mas sim numa decisão do *Bundesgerichtshof*, a Suprema Corte da Alemanha. Tratou-se o caso de um pedido de execução de uma sentença estadunidense neste país, que apesar de ter indeferido a execução do capítulo condenatório relacionado à indenização punitiva, sumarizou que os quatro principais propósitos dos *punitive damages* são[11]:

> 1) Punir o autor do dano por sua conduta imprópria;
>
> 2) Acrescer uma quantia suficiente à indenização compensatória para prevenir que o autor do dano e outros pratiquem tal conduta imprópria no futuro;
>
> 3) Recompensar a vítima do dano pela sua parte no reforço

11 1) to punish the offender for its improper conduct; [§] 2) to add a sufficient sum to the compensatory damages to deter the offender and others from such improper conduct in the future; [§] 3) to reward the injured party for its part in enforcement of the law and "the associated improvement in general law and order;" and [§] 4) to supplement otherwise inadequate compensatory damages. – Tradução livre do original. BRAND, Ronald A. *Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far*, p. 184. *Journal of Law and Commerce.* University of Pittsburgh, School of Law, n. 24, 2005.

da aplicação do direito e o incremento geral na lei e na ordem associados; e

4) Suplementar uma indenização compensatória inadequada.

Brand esclarece que a razão da referência do *Bundesgerichtshof* a "indenização compensatória inadequada" foi sugerir que no sistema estadunidense a condenação em indenização punitiva serviria para compensar o demandante-vítima dos seus gastos com honorários de advogados[12].

2 INTRODUÇÃO DE *PUNITIVE DAMAGES* NA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA: DANOS MORAIS

Judith Costa e Mariana Pargendler apontam que as menções mais antigas[13] – e mais freqüentes – na literatura jurídica brasileira ao instituto dos *punitive damages* são relativas à natureza e à quantificação da indenização do dano extrapatrimonial ou moral[14]. As autoras ora mencionadas[15] afirmam que essa relação se deve a que um dos principais argumentos detratores, no passado, da irreparabilidade do dano moral era justamente a impossibilidade de sua quantificação. Uma das respostas possíveis a esse argumento[16] era a de que a indenização ao dano moral não tinha caráter de reparação, mas de concessão de um proveito à vítima do dano, a título de consolo desta, de natureza econômica e emocional. Nesse sentido, a natureza emocional do consolo à vítima residiria no fato de se enxergar na responsabilização

12 Cf. BEHR, op. cit., 123. Segundo Behr, como não há nos EUA base legal para o demandante vencedor do litígio reaver o que despendeu a título de honorários advocatícios, o valor da indenização compensatória, correspondente ao valor do dano, não fica efetivamente todo com a parte – ou seja, patrimonialmente ela não retorna ao estado anterior ao dano. Nesse caso, o judiciário pode suprir o pagamento dos honorários do advogado concedendo indenização punitiva ou aumentando seu valor.

13 Para Fischer (FISCHER, H.A. *A Reparação dos Danos no Direito Civil.* São Paulo: Livraria Acadêmica, 1938, p. 235-236, nota 15, apud MORAES, op. cit., p. 52)

"O pagamento de uma soma a titulo de satisfação ocupa um lugar intermédio entre a indenização e a pena. Com a primeira compartilha o fim essencial de representar uma prestação imposta a favor e em consideração do lesado; com esta tem de comum o implicar em mal para o indenizante."

14 Posto que haja doutrinadores que identifiquem os conceitos de dano moral e de dano extrapatrimonial como distintos, utilizar-se-ão neste artigo de forma intercambiável.

15 COSTA; PARGENDLER, op. cit., p. 23.

16 Ibidem, nota de fim nº 101, p .30.

civil do autor do dano alguma forma de sanção pela sua conduta ilícita[17]. Segundo Monteiro, acerca do dano moral:

> Esta indenização não objetiva pagar a dor ou compensar o abalo moral; cuida-se apenas de impor um castigo ao ofensor e esse castigo ele só terá se for também compelido a desembolsar certa soma, o que não deixa de representar consolo para a família do ofendido, que se capacita assim de que impune não ficou o ato ofensivo e criminoso.

Registre-se que esse contra-argumento à impossibilidade de reparação do dano moral foi útil em sua época. Inclusive, no séc. XIX, dele se valeu na prática jurisprudencial o próprio *common law*, conforme se verá mais detidamente no capítulo 6 a seguir, o que, na visão das autoras (op. cit., nota de fim nº 101), levou Pontes de Miranda a afirmar erroneamente que no common law chama-se exemplary damages aos danos morais. Mas os tempos são outros, e as teorias e práticas jurídicas também mudaram. Muito embora a indenizabilidade do dano moral seja já há um bom tempo plenamente reconhecida[18], e inclusive protegida constitucionalmente como direito fundamental[19], a tese da dupla função do dano moral permanece até hoje forte em nossa experiência jurídica, sendo utilizada em diversos aspectos da constituição e da quantificação da responsabilidade civil extrapatrimonial como ilustram os seguintes excertos de Roberto Lisboa[20]:

Os princípios básicos da reparabilidade do dano moral são os seguintes:

> [...] A fixação do valor da indenização em montante que desestimule a realização de novas violações. Deve-se evitar, nesse contexto, a indenização simbólica e que não representa uma autêntica pena em desfavor do agente, senão não haverá efetivamente uma

17 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. vol. 5. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 414.

18 Cf. art. 186 do 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.

19 Cf. art. 5º, incisos V e X da Constituição da República:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

20 LISBOA, op. cit., p. 505-668.

> reprovabilidade formal da conduta do lesante, que é o que se busca por essa via reparatória.
>
> [...]

Na reparação por danos extrapatrimoniais, realça-se a idéia não de equivalência, mas de sanção civil, incumbindo ao julgador fixar um *quantum debeatur* que realmente se caracterize como pena e, ao mesmo tempo, se preste como meio de prevenção contra outras práticas danosas à vítima ou, ainda, em desfavor de terceiros.

Todavia, mais preocupante do que o entendimento atual sobre a natureza dualista da indenização por danos morais, resultado presente de erros conceituais herdados do passado, são as conseqüências do inadvertido manejo acadêmico, legal e jurisprudencial de um instituto importado de outro sistema jurídico. Nunca se escreveu tanto sobre *punitive damages* no Brasil[21]: se os autores mais tradicionais são ortodoxamente simpáticos à tese dualista específica dos danos morais, os doutrinadores mais modernos, salvo poucas e excelentes exceções, defendem-na com base numa visão utilitarista das suas propaladas funcionalidades de prevenção de novos danos[22].

A introdução acrítica e não-ponderada de elementos jurídicos relativos aos *punitive damages* reforça e amplia idiossincrasias não desejadas em nosso sistema jurídico, levando a eventos juridicamente incoerentes e paradoxais – quando não a injustiças. Os dois capítulos seguintes tratarão de exemplos concretos e técnicos do resultado da introdução de conceitos e regras relativos aos *punitive damages* – não como esse instituto realmente é no seu ambiente original, o sistema do *common law* (vide capítulo 6 abaixo), mas como é enxergado, adaptado e manejado em um ordenamento jurídico de *civil law*.

21 A ferramenta de buscas Google permite, de forma muito simplória, a medição comparada da propagação de conceitos na *internet*. Pesquisou-se a quantidade de repetição da expressão "*punitive damages*" em sítios de três países latino-americanos de *civil law* e realidades econômicas, tecnológicas, sociais e culturais assemelhadas: Brasil, Argentina e México. O Brasil retornou 2.500 resultados, a Argentina 638 e o México 962 para "punitive damages". O Brasil com 2.500 resultados tem mais da metade do que todos os resultados de sítios em espanhol, que retornaram 4.440 ocorrências de "punitive damages". Observe-se que a busca pela expressão "responsabilidade civil objetiva do estado", que representa um instituto jurídico muito mais tradicional no nosso sistema, retornou no Brasil apenas 1.590 resultados.

22 São favoráveis à tese do caráter punitivo, em maior ou menor grau: Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Arthur Oscar de Oliveira Deda, Carlos Alberto Bittar, Sérgio Cavalieri, Yussed Sahid Cahali, José Carlos Moreira Alves, Paulo da Costa Leite, Luiz Roldão de Freitas Gomes, Araken de Assis, Teresa Ancona Lopez, Sérgio Severo, Carlos Édison do Rego Monteiro Filho, Renan Miguel Saad, Américo Luís Martins da Silva, Clayton Reis, João Casillo, Guilherme Calmon Gama, Eduardo de Oliveira Leite, Fernando Noronha e Antonio Junqueira de Azevedo. Por outro lado, contrários ao caráter punitivo estão: José Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva, Orlando Gomes, Maria Celina Bodin de Moraes, Sérgio Severo e Humberto Theodoro Júnior.

3 INTRODUÇÃO DE *PUNITIVE DAMAGES* NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Para além do disposto no parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor[23], Maria Moraes registra que, apesar do posicionamento doutrinário e jurisprudencial, não há na legislação brasileira nada que autorize a aplicação de uma função punitiva à indenização[24]. Entretanto, a autora registra a tentativa de inclusão, especificamente no tocante aos danos morais, de previsão no Código Civil a dar suporte expresso à dupla função (compensatória e punitiva) da reparação de danos extrapatrimoniais, tentativa esta consubstanciada no Projeto de Lei n.º 6.960/2002, do deputado federal Ricardo Fiúza. O conteúdo desse projeto era a inclusão de um §2º no art. 944 do Código Civil, dispondo: "a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante". Apesar de o PL 6.960/2002 ter sido rejeitado nesta parte específica, proposição de redação idêntica foi posteriormente repetida no Projeto de Lei n.º 276/2007, do deputado federal Leo Alcântara, que se encontra pendente de parecer na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

Registre-se que a justificativa da rejeição, contida no relatório que gerou o Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 6.960/2002, de autoria do deputado Vicente Arruda, foi justamente o entendimento de que:

> Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: "adequado desestímulo ao lesante". O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão.

4 SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PUNITIVA DO ESTADO: *PUNITIVE DAMAGES* NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

23 A regra é nitidamente punitiva, muito embora o *quantum* sancionatório seja tarifado (repetição do indébito em dobro) e não seja calcado em culpa grave ou dolo, mas no mero engano injustificável. Transcreve-se o dispositivo:

"Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. [§] Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável."

24 Cf. MORAES, op. cit., p. 48.

Os dois principais e mais ilustrativos julgados que adotaram na prática e expressamente a teoria dos *punitive damages* em suas fundamentações possuem pelo menos três coisas em comum. A primeira é que os dois são julgados de tribunais superiores: o Supremo Tribunal Federal-STF e o Superior Tribunal de Justiça-STJ. A segunda é que, na esteira do tratado nos capítulos 3 e 4 supra, ambos decidiram pela aplicação de *punitive damages* como critério[25] de quantificação do valor de indenização de danos morais. Finalmente, nesses casos julgou-se a pessoa jurídica estatal como responsável[26] pelo dano, e a aferição dessa responsabilidade se deu pela modalidade objetiva, isto é, sem análise da culpa dos eventualmente envolvidos.

No caso julgado pelo STJ[27], um casal demandou a condenação do Distrito Federal em danos morais, acarretados pela morte de seu filho no Colégio Agrícola de Brasília. Eis a ementa do acórdão:

> ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – PENSIONAMENTO POR MORTE DE FILHO NO INTERIOR DE ESCOLA MANTIDA PELO PODER PÚBLICO – DEVER DE VIGILÂNCIA – DANO MATERIAL – SÚMULA 282/STF – DANO MORAL – AUMENTO DE VALOR DE INDENIZAÇÃO.

25 Observe-se desde já que na experiência jurídica brasileira, tanto na jurisprudencial quanto na acadêmica (vide notas de Lisboa no cap. 3) *punitive damages* são usados como critério da quantificação da indenização total, e não como verba declaradamente apartada. Isto é, não se condena em um valor X de indenização compensatória e a um valor Y de indenização punitiva, e sim apenas a um valor W, que serviria conjuntamente como elemento satisfativo e punitivo, prática da qual André Andrade (ANDRADE, André Gustavo. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 319) fundamentadamente discorda:

> "Por razões não apenas de conveniência, mas de necessidade, a operação realizada para a fixação do quantum correspondente à indenização punitiva deve ocorrer separadamente da realizada para a apuração do valor referente à indenização compensatória do mesmo dano. Essa separação é importante para garantir verdadeira transparência e efetivo console sobre a fixação dos critérios utilizados e sobre a justeza da valoração efetuada do julgador. Possibilita-se a verificação do peso atribuído à compensação do dano e o conferido à reprovabilidade da conduta, permitindo, entre outras coisas, o exame da proporcionalidade da parcela punitiva em relação à parcela compensatória e até em correlação à indenização do dano material existente."

26 Acrescente-se que o servidor ou servidores públicos envolvidos não foram chamados a lide em litisconsórcio ou denunciação.

27 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp 860705/DF. Relatora: Eliana Calmon, 24.10.2006. DJ 16.11.2006 p. 248. A Ministra Eliana Calmon afirmou em seu voto:

> "[...]o valor fixado a título de indenização por dano moral, não pode ser ínfimo ou abusivo, mas proporcional à dúplice função deste instituto indenizatório: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir."

[...]

2. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não volte a reincidir.

3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais.

4. Aumento do valor da indenização para 300 salários mínimos.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.

Já no caso do STF[28], que versa também sobre pais demandando indenização por danos morais contra o Estado, desta feita em razão de o filho ter sofrido lesões ("afundamento frontal do crânio, edema cerebral e contusão hemorrágica") decorrentes de nascimento por fórceps, em hospital público, o Ministro Celso de Mello, que julgou monocraticamente o agravo de instrumento em questão, foi expresso em sua decisão ao assinalar *punitive damages* ou *exemplary damages* como o fundamento que influiu na fixação do *quantum* da indenização por danos morais. As expressões estrangeiras foram, inclusive, reproduzidas na ementa, conforme se comprova:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) *CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES")* E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. (grifo nosso)

28 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI/455846. Relator: Celso de Mello. DJ nº 203, de 21.10.2004

Nesse caso, a União interpôs agravo de instrumento no STF contra decisão do Tribunal Regional Federal-TRF que não recebeu recurso extraordinário. A decisão ora tratada, que negou seguimento ao agravo de instrumento da União, teve como principal fundamento a negativa da possibilidade de reexame da tese de defesa da União quanto a matéria de fato[29], que era a de que não havia nexo causal entre o dano sofrido e o serviço público prestado a autorizar a responsabilização civil do Estado. Todavia, a natureza também punitiva da indenização por danos morais, inclusive contra o Estado, também foi afirmada no conteúdo da decisão:

> Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público - presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal *a quo* - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar ("punitive damages"), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro.

Adjetivamos esses dois casos de "principais e mais ilustrativos" não apenas por serem eles advindos dos nossos dois mais elevados tribunais superiores, os órgãos judiciários que conferem a última interpretação em matéria constitucional e em matéria legal. Mais do que essa importância político-hierárquica, essas decisões são importantes porque revelam precisamente, na prática jurisprudencial, os elementos contraditórios e paradoxais, as desastrosas conseqüências e a ausência de quaisquer benefícios relativos ao que passarei a chamar de *responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado*, isto é, a aplicação concomitante de regras de responsabilização do Estado de natureza objetiva – verificação do nexo causal e prescindibilidade da existência de culpa – com regras de quantificação de indenização de natureza sancionatória.

Podemos categorizar a responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado como o ente jurídico resultante da introdução inadvertida de regras e teorias alienígenas (*punitive damages*), resultado que leva a conseqüências paradoxais, contraditórias e incoerentes, como a contaminação de regras tradicionais do sistema sobre responsabilidade

29 Súmula STF-279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

objetiva do Estado. As críticas a esse resultado específico da importação de regras de *punitive damages* dar-se-ão em duas perspectivas: extra-sistêmica e intra-sistêmica.

5 CRÍTICA EXTRA-SISTÊMICA À RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PUNITIVA DO ESTADO

A noção de sistema vai além do mero conjunto de entes, regras e princípios relativos a determinada matéria. Mais do que o conjunto de entes individualmente considerados, o conceito de sistema envolve necessariamente a menção a relações de interdependência entre esses entes que o compõem[30]. Se, dentro de um sistema jurídico, as regras, princípios e institutos tradicionais se relacionam entre si, em um paralelo com a ciência da ecologia[31], a importação para esse sistema de um ente alienígena e as relações desse novo componente com os componentes tradicionais do sistema causam naturalmente certas conseqüências inesperadas. Entretanto, em um momento anterior à importação e às relações do ente introduzido com os entes tradicionais do novo sistema, a análise das inter-relações do ente importado com os outros entes do seu sistema de origem já pode fornecer indícios de futuras incompatibilidades. Assim, de forma precedente à análise das relações dos *punitive damages* com regras e institutos do nosso ordenamento jurídico (o que corresponde ao que no capítulo 7 a seguir chamaremos de crítica intra-sistêmica), faz-se necessário destacar certas características e propriedades da existência desse ente estrangeiro no seu ambiente de origem (o que neste capítulo tratamos como crítica extra-sistêmica) que permitem antever inadequações na sua introdução no direito brasileiro.

A primeira crítica extra-sistêmica refere-se a critérios históricos próprios do *common law* que nortearam o surgimento dos *punitive damages*. Behr[32] aponta que no *common law*, até o século XIX, as possibilidades

30 Cf. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 761.

31 DELARIVA, Rosilene Luciana; AGOSTINHO, Angelo Antonio. Introdução de Espécies: uma Síntese Comentada. p. 255. In *Acta Scientiarum*, Universidade Estadual de Maringá-Eduem, vol. 21, p.255-262, 1999:

"Dentro do contexto teórico, a introdução de espécies constitui um tipo de alteração ecológica que pode modificar a comunidade biótica na qual a espécie é inserida. As teorias ecológicas fornecem as bases para o entendimento de como a introdução de espécies pode alterar a comunidade receptora, bem como o grau de perturbações que elas podem causar."

32 Cf. BEHR, op. cit., p. 124.

de indenização do dano moral[33] eram restritas ou inexistentes, sob o argumento de que a natureza não-patrimonial do dano seria incompatível com uma compensação econômica. Isso teria levado os tribunais a adotar uma abordagem funcional e a conceder indenizações declaradamente punitivas, mas de natureza subjacentemente também compensatória. Vítor Gonçalves afirma que essa comunhão dos propósitos compensatório e punitivo da responsabilidade civil em uma única verba indenizatória começou a diminuir na segunda metade do Século XIX, quando as condenações em indenização compensatória e indenização punitiva passaram então a se dar em parcelas declarada e expressamente distintas.[34]

Judith Costa e Mariana Pargendler[35] apontam nesse aspecto um paralelo entre o surgimento da doutrina dos *punitive damages* no *common law* com o discurso dos autores brasileiros sobre a dupla função da indenização por danos morais. Entretanto, uma vez reconhecida a reparabilidade do dano moral, "a função da indenização passou a ser entendida como meramente compensatória, perdendo, assim, sua primitiva vinculação com o instituto dos punitive damages." Os *punitive damages* passaram a ser concedidos somente em casos excepcionais, justificados pelo "estado subjetivo do causador do dano, aliado à alta censurabilidade de sua conduta". Mas esse paralelo entre o surgimento dualista dos *punitive damages* e o discurso da função dualista da indenização por danos morais não se justifica no presente[36] como argumento propiciador da importação daquele instituto pelo simples fato de que as possibilidades de reparação do dano extrapatrimonial são agora amplas, fixadas no Código Civil e na Constituição, e tradicionalmente aplicadas pelos órgãos judiciários brasileiros – inclusive contra o Estado, e pelo sistema de responsabilidade objetiva.

---

33 Definido no *common law como Pain and suffering.*

34 Cf. GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A Punição na Responsabilidade Civil.* Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 36. O autor continua:

"Assim, em Cole v. Tucker, estabeleceu-se formalmente a diferença entre as verbas compensatórias e as punitivas, explicitando-se que últimas cumulavam-se às primeiras em casos de condutas particularmente censuráveis. Também em Hawk vs. Ridgeway, restou registrado que 'em se tratando de ilícito intencional, o júri está autorizado a conceder, além do valor do prejuízo, uma quantia em separado, a título de punição, e também para preservar a tranqüilidade pública'."

35 COSTA; PARGENDLER, op. cit., p. 23.

36 COSTA; PARGENDLER, op.cit.,p.23: "Similar trajeto não se reflete na doutrina e na jurisprudência brasileiras, que continuam a conotar aspectos punitivos como 'imanentes' ou próprios aos danos morais."

A incompatibilidade da introdução do instituto revela-se também pela constatação de que no *common law*, que no presente também reconhece a possibilidade de indenização meramente compensatória dos danos extrapatrimoniais[37], os *punitive damages* são aplicados aos casos de dano de qualquer natureza, moral ou econômica, desde que praticados com culpa grave ou dolo. O foco e a condição para condenação em *punitive damages* é a reprovabilidade da conduta, não a natureza do dano.

Uma segunda crítica extra-sistêmica à introdução de *punitive damages* em nosso ordenamento é o fato de que mesmo no seu sistema de origem ele é um instituto controverso, controvérsia esta incentivada por diversos e pitorescos (para nós) casos de indenizações milionárias e desproporcionais em relação ao dano sofrido. Behr aponta que não só os tribunais superiores e a própria Suprema Corte, mas também as cortes federais e estaduais costumam limitar os danos arbitrados pelos júris, sob o argumento, inclusive, de violação à Constituição[38]. Maria Moraes[39] complementa aduzindo que:

> Como reação, ao que muitos consideravam abusivo, diversos Estados norte-americanos estabeleceram tetos legais (*caps*) para estas indenizações. Atualmente, 16 estados americanos, entre eles a Flórida e o Texas, estabelecem tetos máximos de indenização com

37 Cf. GONÇALVES, op. cit., p. 37. O autor continua:

"No Século XX, ao mesmo tempo que a utilização da indenização punitiva restou amplamente diversificada, a comunhão entre a indenização punitiva e a compensatória tornou-se menos sensível, por meio da exclusão da compensação pelo dano não patrimonial ou moral do âmbito da indenização punitiva. De fato, nos Estados Unidos, o dano moral passou a ser concedido sob rubrica em separado (*pain and suffering*), no âmbito da indenização exclusivamente compensatória. Na doutrina norte-americana, entende-se atualmente a expressão *pain and suffering* como um elemento das perdas e danos, destinado à reparação de todas as formas de sofrimento consciente, mental e/ou físico. Ou seja, afirma-se que o dano moral é sujeito a uma reparação que é compensatória por natureza."

38 Cf. BEHR, op. cit., 119-120. Segundo o autor:

"A Suprema Corte no caso BMW da América do Norte vs. Gore decidiu por aplicar um teto ao valor da indenização punitiva, com base em fundamentos constitucionais [...] reformando um julgamento da Suprema Corte do Estado do Alabama, a Suprema Corte afirmou que uma indenização punitiva "flagrantemente excessiva" "transcende o limite constitucional" estabelecido pela Cláusula do Devido Processo Legal da 14ª Emenda à Constituição dos EUA. – Tradução livre do original:

the Supreme Court in BMW of North America vs. Gore called for a cap on punitive damages based on constitutional grounds [...] Reversing a judgment from the Supreme Court of Alabama, the Supreme Court held that "grossly excessive" punitive damages "transcend the constitutional limit" established by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment".

39 MORAES, op. cit., p. 70.

> caráter punitivo, normalmente até três vezes o valor da indenização compensatória. Além disso, há estados que determinam a atribuição de uma parte relevante da indenização punitiva (entre 50 e 75%) a fundos especiais.

Como terceira crítica, voltada especificamente à responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado, é importante notar que no *common law* as regras de responsabilidade civil do Estado são radicalmente diferentes das nossas. Com efeito, os *punitive damages* provêem de um ecossistema jurídico que possui fortes restrições à idéia em si de responsabilidade civil do Estado no seu viés prático de condenação do ente público por um tribunal. Há diversos exemplos na lei e na jurisprudência que confirmam essa assertiva. Permita-nos o leitor nos demorar mais neste ponto, e apresentar-lhe quatro exemplos, dois judiciais e dois legislativos, da incompatibilidade dos *punitive damages* com a responsabilização do Estado em sua visão sistêmica original.

Como primeiro exemplo, interpretando a regra da 11ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos[40], no caso *Alden vs. Maine* a Suprema Corte dos EUA indeferiu um pedido de indenização formulado com base na lei federal sobre padrões mínimos de salubridade trabalhista[41] vez que o Estado do Maine não consentiu em ser processado. O *Justice* Kennedy, que elaborou a *opinion of the court*, considerou expressamente que[42]:

> Processos privados contra Estados que não consentiram em ser processados – especialmente processos por indenizações em dinheiro – podem ameaçar a integridade financeira dos Estados. É indiscutível que no momento de sua fundação muitos dos Estados poderiam ter sido forçados à insolvência, se não fosse a sua imunidade contra

40 Que trata da imunidade de jurisdição entre Estados e da de cada Estado contra processos de particulares.

41 FLSA - Fair Labor Standards Act

42 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. ALDEN V. MAINE (98-436) 527 U.S. 706 (1999). 715 A. 2d 172, affirmed. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/98-436.ZO.html>. Tradução livre do original:

"Private suits against nonconsenting States–especially suits for money damages–may threaten the financial integrity of the States. It is indisputable that, at the time of the founding, many of the States could have been forced into insolvency but for their immunity from private suits for money damages. Even today, an unlimited congressional power to authorize suits in state court to levy upon the treasuries of the States for compensatory damages, attorney's fees, and even punitive damages could create staggering burdens, giving Congress a power and a leverage over the States that is not contemplated by our constitutional design. The potential national power would pose a severe and notorious danger to the States and their resources."

> processos de particulares por indenizações em dinheiro. Mesmo hoje, um poder ilimitado do Congresso para autorizar processos em cortes estaduais, para cobrar do tesouro dos Estados indenizações compensatórias, honorários de advogados, e até mesmo *indenizações punitivas*, poderiam criar ônus exponencialmente crescentes aos Estados." (Grifo nosso).

Em outra ocasião, interpretando a seção 1983 do Título 42 do *United States Code*[43], a Suprema Corte dos EUA decidiu no caso *Newport vs. Fact Concerts*, INC que a cidade de Newport não poderia ser condenada em *punitive damages* por cancelar a licença da empresa Fact Concerts para promover shows[44]. A *opinion of the court*, emitida pelo *Justice* Blackmun, dispôs que:

> 2. Um município é imune a *punitive damages* nos termos da seção 1983 do Título 42 do *United States Code*.
>
> (b) Em 1871, quando o Congresso promulgou o que agora é a referida seção 1983, foi genericamente entendido que um município deveria ser tratado como uma pessoa natural sujeita a processos decorrentes de um amplo espectro de atividades danosas, mas esse entendimento não se estendia à condenação em *punitive damages* no *common law*. De fato, tribunais de *common law* consistentemente e expressamente negaram-se a conceder *punitive damages* contra municípios. Nada na história legislativa sugere que, promulgando o *Civil Rights Act de 1871*, o Congresso pretendeu abolir a doutrina da imunidade dos municípios a *punitive damages*. Se tanto, a história relevante sugere o contrário.

---

43 Compilação do conjunto das leis federais estadunidenses. A seção 1983 do Título 42, em particular, permite que as municipalidades sejam responsabilizadas civilmente por danos.

44 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. .NEWPORT V. FACT CONCERTS, INC., 453 U.S. 247 (1981). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=453&invol=247>. Tradução livre do original:

"2. A municipality is immune from punitive damages under 1983. [§] (b) In 1871, when Congress enacted what is now 1983, it was generally understood that a municipality was to be treated as a natural person subject to suit for a wide range of tortious activity, but this understanding did not extend to the award of punitive damages at common law. Indeed, common-law courts consistently and expressly declined to award punitive damages against municipalities. Nothing in the legislative history suggests that, in enacting 1 of the Civil Rights Act of 1871, Congress intended to abolish the doctrine of municipal immunity from punitive damages. If anything, the relevant history suggests the opposite. [§] (c) Considerations of public policy do not support exposing a municipality to punitive damages for the malicious or reckless conduct of its officials. Neither the retributive nor the deterrence objectives of punitive damages and of 1983 would be significantly advanced by holding municipalities liable for such damages."

> (c) Considerações de políticas públicas não apóiam expor um município a *punitive damages* em decorrência da conduta maliciosa e imprudente de seus agentes. Nem os objetivos retributivos, nem os preventivos dos *punitive damages* e da seção 1983 seriam significativamente atingidos se se considerar os municípios responsáveis em indenizações dessa natureza.

Além da legislação que impõe um teto ao valor fixado por *punitive damages*, é possível mencionar também a existência de lei nos EUA que expressamente proíbe a responsabilização punitiva do Estado. Um exemplo pode ser encontrado na seção 1981a do Título 42 do *United States Code*, seção esta que trata de indenização em casos de discriminação intencional em relações de trabalho. Transcreve-se a seguir o parágrafo 1 da subseção (b) da seção 1981a[45]:

> 42 U.S.C. §1981a(b)(1)
>
> (b) Indenização punitiva e compensatória
>
> (1) Determinação de indenização punitiva
>
> A parte demandante pode obter *indenização punitiva* de acordo com esta seção *contra um demandado (que não seja um governo, uma agência do governo, ou subdivisão política*) se demonstrar que este se engajou, com malícia ou imprudente indiferença, em prática discriminatória aos direitos federalmente protegidos do indivíduo agredido. (grifo nosso).

Em nível federal a seção 2674 do título 28 do *United Sates Code* proíbe expressamente que os Estados Unidos sejam condenados em *punitive damages*, afirmando em adição que mesmo nos locais onde a morte de uma pessoa só seja responsabilizada, no âmbito cível, com *punitive damages*, a responsabilidade dos Estados Unidos será apenas pela indenização emergente ou compensatória, e mensurada esta pelo

---

45 42 U.S.C. §1981a(b)(1) – Tradução livre do original:

> § 1981a. Damages in cases of intentional discrimination in employment [§] (b) Compensatory and punitive damages [§] (1) Determination of punitive damages [§] A complaining party may recover punitive damages under this section against a respondent (other than a government, government agency or political subdivision) if the complaining party demonstrates that the respondent engaged in a discriminatory practice or discriminatory practices with malice or with reckless indifference to the federally protected rights of an aggrieved individual.

dano pecuniário causado pela morte em questão. Transcreve-se a norma[46]:

> 28 U.S.C. §2674 – Responsabilidade dos Estados Unidos
>
> Os Estados Unidos devem ser responsabilizados, respeitando o disposto neste título relativamente a demandas de responsabilidade civil, da mesma maneira e na mesma extensão que indivíduos particulares nas mesmas circunstâncias, mas não devem os Estados Unidos ser responsabilizados por juros anteriores ao julgamento ou por *punitive damages*.
>
> Se, entretanto, em qualquer caso no qual morte tenha sido causada, a lei do lugar onde o ato ou omissão alegadamente ocorreu preveja, ou tenha sido construída de modo a prever, indenização de natureza apenas punitiva, os Estados Unidos devem ser responsabilizados por danos emergentes ou compensatórios, medidos pelos danos pecuniários resultantes da morte em questão às pessoas em benefício de quem a demanda tenha sido proposta.

Demonstra-se com mais esse argumento, portanto, a impertinência de, no nosso ordenamento jurídico, aplicar-se conjuntamente as regras de *punitive damages* em conjunto com as regras de responsabilidade civil do Estado, vez que essa construção não é admitida nem no sistema jurídico de origem daquele instituto.

6 CRÍTICA INTRA-SISTÊMICA À RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PUNITIVA DO ESTADO

Finalmente, inicia-se a crítica intra-sistêmica à aplicação em nosso ordenamento de uma construção como a responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado. Essa crítica pode ser feita com base em argumentos gerais relativos à incompatibilidade em si dos *punitive damages* com certos aspectos e princípios de nosso ordenamento constitucional-civilista acerca da responsabilidade civil. Mas, sobretudo, podem ser apontados

46 Tradução livre do original:

> *"28 U.S.C. §2674 – Liability of United States. [§] The United States shall be liable, respecting the provisions of this title relating to tort claims, in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances, but shall not be liable for interest prior to judgment or for punitive damages. [§] If, however, in any case wherein death was caused, the law of the place where the act or omission complained of occurred provides, or has been construed to provide, for damages only punitive in nature, the United States shall be liable for actual or compensatory damages, measured by the pecuniary injuries resulting from such death to the persons respectively, for whose benefit the action was brought, in lieu thereof."*

argumentos críticos específicos às conseqüências e incoerências da aplicação de regras de indenização punitiva na responsabilidade civil do Estado, tal como entendida em nosso sistema com suas já estabelecidas regras de responsabilidade objetiva.

A primeira crítica intra-sistêmica geral refere-se à ausência de norma a autorizar a responsabilização civil com uma indenização punitiva, reconhecida por Tepedino, Barbosa e Moraes ao afirmarem sobre os *punitive damages* que "sua adoção no direito brasileiro dependeria de previsão legal específica."[47] Indo além, tais autores enxergam no art. 944 do Código Civil uma verdadeira proibição legal à introdução judicial de critérios punitivos na responsabilidade civil[48]: "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano." Ademais, muito embora o parágrafo único desse dispositivo afirme que "se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização", eles entendem que, em verdade[49]:

> O parágrafo único do art. 944 não configura, de modo algum, exceção à função reparatória. O dispositivo tão-somente autoriza o juiz a reduzir equitativamente a indenização, e não a majorar.

A segunda crítica intra-sistêmica geral à importação dos *punitive damages* é o desdobramento de natureza constitucional de violação do princípio da legalidade por inexistência de norma legal a autorizar a indenização punitiva. Aliás, conforme a nota 17 supra, a própria Constituição da República fala apenas em reparação dos danos. E, no entendimento de constitucionalistas[50] e hermeneutas[51], a interpretação

---

47 TEPEDINO, BARBOSA; MORAES, op. cit., p. 864.

48 TEPEDINO, BARBOSA; MORAES, op. cit., p. 858. O art. 944 do CC, ao vincular o valor da indenização à medida da extensão do dano, reafirma a tradição do direito brasileiro, vedando a interferência de considerações acerca das características do agente ou de sua conduta na determinação do quantum indenizatório.

49 Ibidem, p. 865.

50 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora.* São Paulo: Saraiva, 1996. p.252-255. Para o autor: "há certo consenso de que se interpretam restritivamente as normas que instituem as regras gerais, as que estabelecem benefícios, as punitivas em geral e as de natureza fiscal."

51 Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 225. Para o autor:

"Consideram-se excepcionais as disposições: a) de caráter punitivo, quando se não referem a delitos, porém cominam multa; indenização; [...] A rubrica – Leis Penais, aposta, a este capítulo, compreende todas as normas que impõem penalidades; e não somente as que alvejam os delinqüentes e se enquadram

da Constituição não pode ser alargada quando se trata de regras punitivas. Da mesma forma, a pena seria aplicada como resultado de um processo civil, que coloca à disposição do réu um menor número de garantias substanciais e procedimentais se comparado ao processo penal.

Tepedino, Barbosa e Moraes[52] também apresentam óbices de natureza constitucional aos *punitive damages*, como o risco de *bis in idem*, pois sendo a responsabilidade civil cumulativa com a criminal o agente que causa dano moral com uma conduta também tipificada como delito, poderia sofrer sanções nas duas esferas. Além disso, dentro do sistema brasileiro de responsabilidade civil, a majoração da indenização a título de pena poderia recair sobre outra pessoa que não o ofensor, situação inadmissível diante do art. 5º, XLV, da Constituição, que veda expressamente que qualquer pena ultrapasse a pessoa do condenado.

Como crítica intra-sistêmica específica principal, afirmamos haver uma incoerência intrínseca insuperável no que se denominou neste artigo de responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado, que seria a aplicação combinada de responsabilidade civil punitiva e de responsabilidade civil objetiva do Estado. Essa combinação, tal como feita pelo STF e STJ nas decisões do capítulo 5, pressupõe obviamente que pelo menos as regras fundamentais de cada instituto sejam aplicadas concomitantemente.

Assim, tem-se estabelecido em nosso ordenamento que a Constituição, em seu art. 37, § 6º define que a responsabilização civil do Estado se dará na modalidade objetiva, isto é, independentemente da análise da culpa do agente público que tenha causado o dano[53]. A interpretação conjunta desse dispositivo com os incisos V e X do art. 5º da Constituição permite afirmar seguramente que a reparação dos danos morais se submete às mesmas regras[54] de ausência de necessidade de verificação da existência de culpa. Por outro lado, por definição, a

em Códigos criminais. [...] Os preceitos mencionados regem, também, disposições de Direito Privado, de caráter punitivo: as relativas à indignidade do sucessor, por exemplo, e diversas concernentes à falência."

52 TEPEDINO, BARBOSA; MORAES, op. cit., p. 863.

53 LISBOA, op. cit., p. 619. Para o autor:

Vigora, entre nós, a teoria do risco administrativo ou do risco integral, segundo a qual o Estado responde independentemente de culpa pelo evento danoso decorrente de conduta de seu agente ou servidor público.

54 ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade Civil do Estado*, T. II. Campinas: Bookseller, 2001. p. 350. Para o autor:

"Em se tratando de danos morais causados em suporte fático em que coexistam as atividades referidas na Constituição Federal de 1988, art. 37, §6º, impende de plano observar-se que o dado da culpa é totalmente

comprovação da vontade de agir ilicitamente mostra-se indispensável à imposição de uma indenização punitiva, porque é precisamente essa distorção de desígnios por parte do autor do dano que é sancionada[55]. Em outras palavras a conduta apta a ser sancionada por meio de *punitive damages* seria a decorrente de culpa grave ou dolo, devendo ser tão maligna e censurável a ponto de poder ser adjetivada como maliciosa, consciente, imprudente, dolosa, deliberada e opressiva (vide nota 8 supra). Logo, a incoerência intrínseca da responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado reside precisamente no fato de que a responsabilidade civil objetiva prescinde da análise de culpa, enquanto a responsabilidade civil punitiva só se justifica pela presença desta (e em um grau, pelo menos, grave)[56].

Pode-se encontrar um aprofundamento teórico dessa idéia de incompatibilidade entre a natureza intrinsecamente subjetiva dos *punitive damages* e a responsabilização objetiva característica do Estado na construção elaborada por Othon Lopes[57] do que ele chama de "modelos de responsabilidade". Para tal autor, a idéia de responsabilidade existe em um sistema complexo com multiplicidade de opções e soluções, mas, todavia, a experiência histórica demonstraria que nem todas as possíveis combinações são entendidas como adequadas ou legítimas. As opções de conjuntos de regras de responsabilidade mais adequadas, que Lopes divide em dois modelos, responsabilidade subjetiva e responsabilidade por eqüidade (que corresponderia grosso modo à objetiva), são na visão desse autor funcionalmente diversas, tanto em termos de enfoque, quanto de resultados. O modelo subjetivo centra-se no ato humano, e suas regras direcionam-se a avaliações de conduta individual. Já o modelo por eqüidade tem como perspectiva a interferência da atividade humana sobre o mundo, e valora a distribuição social de eventos onerosos. Aquele cuida da reprovabilidade, este do risco. Para Lopes, a conseqüência da disparidade entre esses dois modelos de responsabilidade é que os danos calcados em valorações como ilicitude e culpabilidade, valorações que só podem ser feitas

abstraível na quantificarão do valor a ser prestado a título de indenização, na medida que não se versa hipótese de responsabilidade subjetiva, mas caso de responsabilidade objetiva."

55 GONÇALVES, op. cit., p. 6

56 Cf. ANDRADE, op. cit., p. 288. Para o autor:

"Com muito mais razão, não seria punível a lesão decorrente de ato configurador de responsabilidade objetiva. O fundamento da responsabilidade civil, em tal caso, é, tão-somente, o risco proporcionado por uma dada atividade. A ausência de culpa afasta a necessidade e, conseqüentemente, o fundamento da sanção de natureza penal."

57 Cf. LOPES, op. cit., p. 282- 285

dentro de um modelo subjetivo de responsabilidade, não assumem contornos definíveis dentro das valorações de risco e causalidade típicos da responsabilidade objetiva. A aplicação concomitante de ambos os modelos seria, portanto, incompatível[58].

7 CONTEMPORIZANDO DANOS MORAIS E *PUNITIVE DAMAGES*

É nosso dever alertar que as idéias aqui expostas são frontalmente opostas às da função dualista da indenização por dano moral, tradicionais há tempos em nossa doutrina, e de aplicação comum em decisões judiciais, como demonstrado anteriormente. A ruptura seria tal ao ponto de afirmar estarem todos os doutrinadores citados na nota 22 acima enganados? Acreditamos que não. Mas, talvez, a formulação do discurso segundo o qual a indenização por danos morais contém natural e implicitamente em si duas funções, compensatória e sancionatória[59], possa ser aprimorada.

Nesse intento, pode-se partir da definição, com a qual se iniciou este artigo (vide notas 2 e 3 acima), segundo a qual responsabilidade é uma conseqüência que o direito impõe a alguém como resposta a violação de alguma norma. Essa natureza de resposta, de imposição jurídica a alguém de uma obrigação, de uma perda patrimonial como conseqüência da violação de uma norma, não seria ontologicamente uma forma de sancionar, de punir? Se a resposta for positiva, essa natureza sancionatória da responsabilidade estaria sempre presente na resposta à violação de uma norma, seja ela penal, civil ou administrativa. As considerações mais apropriadas a respeito são encontradas em Yussef Cahali e Vítor Gonçalves. Aquele afirma que[60]:

> O fundamento ontológico da reparação dos danos morais não difere substancialmente, quando muito em grau, do fundamento jurídico do ressarcimento dos danos patrimoniais, permanecendo ínsito em

58 Ibidem, p. 302. Lopes usa o dano moral como exemplo de dano pertencente ao modelo subjetivo, e que seria portanto incompatível de se manejar com regras de responsabilidade objetiva. Ele adota a concepção de dano moral de Maria Helena Diniz, por nós combatida no capítulo 3 e 8, segundo a qual o juízo de culpabilidade serviria ao cálculo do valor do dano moral, idéia intrinsecamente punitiva. Isso não invalida a disparidade demonstrada: não concordamos que o dano moral seja intrinsecamente punitivo, mas concordamos que qualquer indenização punitiva é intrinsecamente – e extremamente – subjetiva. Muito embora discordemos do exemplo pontual adotado, a construção da incompatibilidade de modelos feita por Lopes permanece logicamente válida e elegante.

59 Cf. ANDRADE, op. cit., p. 168. Para o autor: "vários autores têm observado que a indenização do dano, seja ele material ou moral, já traz, ínsita, a finalidade punitiva, juntamente com a satisfativa."

60 CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: RT. 1998. p. 390.

> ambos os caracteres sancionatório e aflitivo, estilizados pelo Direito moderno.

Já Gonçalves[61], muito embora maneje esse argumento de forma favorável à importação de *punitive damages*, aduz que:

> Ademais, pode-se afirmar que a própria compensação é punitiva, particularmente no que se refere à responsabilidade civil subjetiva, que é baseada na culpa do ofensor. Tanto é assim que o argumento da compensação, isoladamente considerado, consegue explicar porque o autor de uma ação civil recebe sua indenização, mas não porque é o réu que tem de pagá-la. A explicação está em que a obrigação de pagar constitui uma sanção imposta ao réu em retribuição ao ato ilícito que praticou.

Essas considerações enfraquecem a tese da função dualista da indenização por danos morais por duas razões. A uma, se o caráter punitivo é natural a qualquer forma de indenização[62], não seria necessário que estivesse enunciado na fundamentação teórica da quantificação do dano moral, e ausente da fundamentação da de danos patrimoniais. As possíveis objeções de que mesmo assim a natureza declaradamente punitiva do dano moral serve 1) para possibilitar o caráter econômico da indenização e 2) a função de prevenção/desestímulo a novos atos ilícitos são falaciosas. A primeira é superada pela constatação de que no presente a reparação do dano moral é plenamente reconhecida em nosso ordenamento. A segunda não explica, já que ontologicamente qualquer indenização é punitiva, porque é desnecessária na justificação da indenização por danos patrimoniais a menção a essa natureza implicitamente punitiva, ou porque os danos patrimoniais, que são também resultantes de um ato contrário ao direito, não mereceriam uma resposta declaradamente punitiva com os mesmos fins de *deterrence*. Demonstra-se, assim, o caráter anacrônico e completamente não-funcional do discurso, embora tradicional em nosso ordenamento, de que a reparação do dano moral mereceria algum atributo punitivo.

8 CONCLUSÃO

Muito embora a distinção entre *common law* e *civil law* seja mais histórica do que propriamente funcional, no presente artigo partimos

61 GONÇALVES, op. cit., p. 160

62 Para considerações mais aprofundadas sobre causalidade e retribuição como elementos da responsabilidade jurídica, vide LOPES, op. cit., p. 57, 140, 161, retomando Heráclito, Grócio, Kant

do pressuposto de que existem diferenças estruturais na forma como os ordenamentos jurídicos dos países filiados a cada um desses sistemas manejam a responsabilidade civil. É verdade que em alguns casos a distinção entre *civil law* e *common law* simplesmente não faz sentido: ou porque o ordenamento jurídico em questão é intrinsecamente construído a partir de ambos os sistemas, como no caso, por exemplo, de Escócia, Holanda e Canadá; ou porque o ramo do direito debatido em determinado ordenamento jurídico não decorre necessariamente da evolução da tradição histórica representada nos conceitos de *common* e *civil law*, como por exemplo direito administrativo e direito constitucional nas Américas, direito processual coletivo e trabalhista no Brasil, direito ambiental, dentre outros. Muito embora nesses casos a distinção entre *civil law* e *common law* nada representa de substância, na responsabilidade civil o caráter histórico da evolução da tradição jurídica num e noutro sistema é inegavelmente representativa e reveladora das formas jurídicas no presente[63]. Constatou-se, assim, que no sistema do *common law*, a responsabilidade civil é dualista, ou seja a indenização é compensatória e punitiva, enquanto que sistema do *civil law* é monista: indenização apenas compensatória.

Vimos que na realidade jurídica brasileira é forte a tese da dupla função do dano moral, segundo a qual a fixação do valor da indenização deve ser feita em montante que traduza uma reprovabilidade da conduta do lesante. Tentou-se, inclusive, incluir um §2º no art. 944 do Código Civil, dispondo expressamente a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante. Citamos casos do STF e do STJ nos quais se decidiu expressamente pela aplicação de *punitive damages* como critério de quantificação do valor de indenização de danos morais, em cumulação com a condenação do Estado como responsável pelo dano, e na modalidade objetiva.

A hipótese adotada neste artigo, entretanto, em um paralelo com a ciência da ecologia, é que a importação para o nosso ordenamento de um ente jurídico alienígena causa naturalmente incompatibilidades e contradições, devido às relações desse novo componente com os componentes tradicionais do sistema. Assim, no *common law*, a função da indenização dos danos morais, *pain and suffering*, é meramente compensatória, e os *punitive damages* são concedidos somente em casos

63 Atestando a íntima correlação entre os *punitive damages* e o próprio sistema do *common law*, COSTA e PARGENDLER, op. cit., p. 18 resgatam afirmação de que "costuma-se dizer que o direito de um júri em alguns casos proferir uma condenação em danos punitivos é tão velho quanto o próprio direito a julgamento por um júri". Tradução livre do original: "*the right of a jury in certain cases to award exemplary damages has been said to be as old as the right of trial by jury itself.*"

excepcionais, fundados na alta censurabilidade da conduta do autor do dano. Ademais, além de ser um instituto controverso mesmo no *common law*, é de se lembrar que esse sistema possui fortes restrições à idéia em si de responsabilidade civil do Estado. Internamente, não há norma no ordenamento brasileiro a autorizar a responsabilização civil com uma indenização punitiva, e o próprio art. 944 do Código Civil constitui-se em vedação legal à introdução judicial de critérios punitivos na responsabilidade civil. Ao par de óbices de natureza constitucional à introdução de *punitive damages*, demonstrou-se que existe uma incompatibilidade teórica entre a natureza intrinsecamente subjetiva dos punitive damages e a responsabilização objetiva característica do Estado.

Pragmaticamente, concluímos este estudo atacando justamente o caráter funcional da responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado, um dos argumentos mais fortes utilizados na defesa da importação dos *punitive damages*. Se a principal finalidade dos *punitive damages* é, através do caráter exemplar e pedagógico dessa função, evitar que o ofensor pratique novos danos e prevenir que outros também o façam, reforçando a lei e a ordem no sistema, facilmente se percebe que essa funcionalidade não opera quando o punido em seu patrimônio é o Estado, e não o servidor público autor do dano. Por exemplo, duas soluções alternativas se colocam como mais eficazes para fins de *deterrence* do que a adoção dos *punitive damages*. Primeiro, afastar o entendimento jurisprudencial e doutrinário segundo o qual seria incabível, na demanda em que se pretende a condenação objetiva do Estado em danos, a denunciação da lide ao agente público causador do dano. Em segundo lugar, evitar e controlar a tibieza do Estado que freqüentemente se omite em recobrar regressivamente, do agente público culpado, o valor em foi condenado. Essa ausência na responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado da principal finalidade dos *punitive damages*, revela a conseqüência mais nefasta da importação desavisada do instituto: a condenação punitiva do Estado repercute, na verdade, sobre o patrimônio de todos os contribuintes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade Civil do Estado*, T. I e II. Campinas: Bookseller, 2001.

ANDRADE, André Gustavo. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição:* Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEHR, Volker. *Punitive Damages in American and German Laws.* V. 78:105. Chicago: Chicago Kent Review, 2003.

BRAND, Ronald A. Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far. *Journal of Law and Commerce.* University of Pittsburgh, School of Law, n. 24, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral.* 2. ed. São Paulo. RT. 1998.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. D.O.U. de 5.10.1988.

COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e Abusos da Função Punitiva. Revista CEJ*, p. 15-32, jan/mar 2005.

DELARIVA, Rosilene Luciana e AGOSTINHO, Angelo Antonio. Introdução de Espécies: uma Síntese Comentada. In *Acta Scientiarum*, Editora da Universidade Estadual de Maringá-Eduem, vol. 21, p.255-262, 1999.

FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado.* São Paulo: Malheiros, 2006.

GARNER, Bryan A. *Black´s Law Dictionary.* 8. ed. St. Paul (MN): West., 2004.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A Punição na Responsabilidade Civil.* Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

LEI nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. D.O.U. de 12.9.1990 - Retificado no DOU de 10.1.2007.

LEI nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. D.O.U. de 11.1.2002.

LISBOA, Roberto Senise**.** *Manual de Direito Civil, v. 2:* Obrigações e Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade Jurídica: Horizontes, Teoria e Linguagem.* São Paulo: Quartier Latin: 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil.* vol. 5, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana:* uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas. In *Revista Trimestral de Direito Civil*: RTDC, v.5, n.18, abr./jun., 2004.

PRIEST, George L. *Punitive Damages.* Chicago: University of Chicago, Pr, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico,* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp 860705/DF. Relatora: Eliana Calmon, 24.10.2006. DJ 16.11.2006 p. 248.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. ALDEN V. MAINE (98-436) 527 U.S. 706 (1999). 715 A. 2d 172, affirmed. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/98-436.ZO.html> e .NEWPORT V. FACT CONCERTS, INC., 453 U.S. 247 (1981). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=453&invol=247>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI/455846. Relator: Celso de Mello. DJ nº 203, de 21.10.2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República.* vol. I e II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UNITED STATES CODE. Disponível em:<http://uscode.house.gov/>.

NOVOS DESAFIOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: A MANUTENÇÃO DE SUA AUTONOMIA

Flávia Oliveira Tavares
Procuradora Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Início das Agências Reguladoras na Administração Brasileira; 2 Conceito e características das Agências Reguladoras: a autonomia como elemento principal; 2.1 Autonomia Financeiro-orçamentária; 2.2 Autonomia Administrativa; 2.3 Autonomia Funcional; 2.4 Outras Formas de Intervenção nas Decisões das Agências; 3 A Autonomia das Agências e suas Conseqüências; 4 Projeto de Lei nº 3.337/2004; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Novo ente do Direito Administrativo Brasileiro, as Agências Reguladoras se caracterizam por sua autonomia, que pode ser subdivida em três categorias: autonomia orçamentário-financeira, administrativa e funcional. Mas o modelo originário de autonomia tem sido rediscutido, sobretudo em razão de problemas que afetaram, inclusive, a imagem do Governo, como se deu, por exemplo, no episódio da crise aérea. A partir da análise destes critérios, com fundamento em posições doutrinárias e reportagens sobre o funcionamento das Agências no Brasil, conclui-se que a autonomia destes entes tem sido mitigada, em razão de constantes interferências políticas, afastando-se do modelo originário. Mas o cenário pode ser alterado com a aprovação do Projeto de Lei nº 3337/2004.

ABSTRACT: New entity of the Brazilian Administrative Law, the Regulatory Agencies are characterized by their autonomy, which can be subdivided into three categories: financial, administrative and functional autonomy. But the original model of autonomy has been revisited, mainly because of problems that affected even the image of the Government, as happened, for example, at the episode of the airports's crisis From the analysis of these criteria, based on doctrinal positions and news about the operation of the Agencies in Brazil, the article concludes that the autonomy of these entities has been mitigated due to constant political interferences, away from the original model. But the picture can be changed by the approval of the Bill n. 3337/2004.

PALAVRAS-CHAVE: Agências Reguladoras. Autonomia. Modelo. Autonomia financeiro-orçamentária. Autonomia administrativa. Autonomia funcional. Mandato dos diretores. Definitividade das decisões. Parecer Normativo AC nº 51/AGU. Accountability dismatch. Projeto de Lei nº 3337/2004.

KEYWORD: Regulatory Agencies. Autonomy. Model. Financial autonomy. Administrative autonomy. Functional autonomy. Office of the directors. Final decisions. Legal Opinion AC n. 51/AGU. Accountability dismatch. Bill n. 3337/2004.

INTRODUÇÃO

Com o renascimento democrático do Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, houve uma grande preocupação com o funcionamento do aparelho estatal, até então dominado pelos ditames paternalistas e intervencionistas do período da Ditadura Militar. Um Estado-Administração inchado e ineficiente, que precisava se modernizar.

Um grande passo rumo à modernização foi o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado, cujo titular à época era Bresser Pereira. Seguindo orientações de viés neoliberal (embora no texto do Plano essa ideologia seja rechaçada), pugnava pela redução do Estado, pela privatização das empresas estatais e pela diminuição dos gastos públicos. No contexto das privatizações, surgiram as Agências Reguladoras, cujo modelo foi inspirado no Direito Americano. Hoje existem dez agências federais, mas o fenômeno também pode ser observado em estados e municípios.

Esse novo ente da Administração detém características bastante peculiares que buscam diferenciá-lo dos demais órgãos administrativos até então existentes. Expressões como capacidade técnica, celeridade nas decisões, segurança jurídica e, sobretudo, autonomia, são constantemente citadas quando se pretende falar de agências reguladoras.

Não se pode olvidar que a criação das agências remonta a um governo anterior, quando a autonomia era incensada como um grande avanço da Administração Federal. No entanto, no Governo atual, ocorreram vários episódios nos quais foi questionada a atuação quase independente das agências em relação aos Ministérios e o imobilismo decorrente do mandato dos seus dirigentes. Alguns exemplos: o aumento das tarifas de telefonia, autorizado pela Agência Nacional de Telecomunicações, e de energia elétrica, autorizado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (episódio que deu origem às seguintes declarações do Presidente da República: *"as agências mandam no Brasil"* e "*as decisões que afetam o dia-a-dia da população não passam pelo Governo*"), a crise aérea, mal conduzida pela Agência Nacional de Aviação Civil, e a declaração do Diretor da Agência Nacional de Petróleo sobre a descoberta de uma nova área de exploração petrolífera, que gerou uma alta valorização de ações nas Bolsas de Valores ao redor do mundo.

A discussão, todavia, não se restringe ao âmbito político; também há um movimento contrário à "quase independência" das agências reguladoras na doutrina especializada, delineado ainda em seu nascedouro. Alguns autores apontam o elevado grau de liberdade destes

entes como um fator de risco, uma vez que seu poder normativo poderia invadir a seara de atuação do Poder Legislativo, desequilibrando, assim, a balança da separação dos poderes. Ademais, o modelo americano de agências reguladoras, adotado no Brasil, não seria adequado ao nosso ordenamento, já que os sistemas jurídicos considerados são bastantes distintos. Fazem parte desta corrente Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zannella di Pietro.

Assim, a proposta do presente trabalho é analisar a autonomia das agências no âmbito federal a partir dos elementos que a comporiam, como a autonomia financeiro-orçamentária, o mandato dos seus dirigentes e a definitividade de suas deliberações. Muito mais que um estudo meramente teórico, pretende-se examinar se esses elementos indicativos do caráter autônomo das agências são verificáveis na prática, ou seja, se a tão propalada (e criticada) "autonomia das agências" existe de fato ou é apenas um mero discurso retórico. Seriam as agências órgãos realmente diferenciados do restante dos entes administrativos, ou apenas mais um órgão da estrutura de administração?

Para alcançar este objetivo, serão analisadas as orientações doutrinárias sobre o assunto, que serão cotejadas com reportagens recentes que tratam da atuação das agências reguladoras. Tal confronto de informações é de suma importância para demonstrar se a prática das agências se coaduna ou não com os fins para os quais foram criadas. Vale ressaltar que, considerando-se que serão utilizadas matérias jornalísticas, tentou-se destacar o aspecto informativo das reportagens, buscando o distanciamento de juízos de valor. Daí também se justifica nossa preocupação em trazer reportagens de diferentes veículos de comunicação, como forma de evitar eventual tendenciosidade.

Também será realizada uma breve análise do Projeto de Lei nº 3.337/2004, que busca unificar a disciplina das agências reguladoras. Discutir-se-á em que medida as alterações trazidas pelo referido projeto afetarão a autonomia das agências.

É inegável que o papel desempenhado pelas agências é essencial no cenário econômico da atualidade, não só no Brasil como em vários outros países. É possível se identificar, inclusive, um fenômeno mundial de regulação, objeto de muitas discussões e, sobretudo, de críticas. Assim, a intenção do presente trabalho é dar mais uma contribuição a este debate, num momento em que a questão da autonomia das agências tem sido colocada em xeque.

1 O INÍCIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA ADMINISTRAÇÃO BRASILEIRA

A criação das agências reguladoras remonta ao séc. XIX nos Estados Unidos, com a implantação da *Intestate Commerce Commission* – ICC, ganhando especial relevância com o advento da Crise de 1929, quando demandou-se uma maior intervenção estatal na economia.

No Brasil, esse "fenômeno" foi bastante tardio, quando comparado ao modelo americano[1]-[2]. Seu marco inicial foi a elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, que, dentre outras diretrizes, previu a privatização das empresas públicas, contexto no qual surgiu a necessidade de criação de órgãos reguladores independentes – até mesmo por exigência dos investidores internacionais, que demandavam um certo nível de segurança para seus aportes financeiros.[3]

O Plano Diretor buscava a modernização do Estado brasileiro, sob inspiração da ideologia neoliberal. O sistema até então existente era considerado um "modelo em crise", que deveria ser reformado para atender às novas demandas dos cidadãos. Sua pretensão era substituir o termo "burocracia" pelo termo "eficiência". O novo papel do Estado é explicado na introdução do Plano:

> A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de

1 Gustavo Binenbojm defende que a criação das agências no modelo brasileiro se deu na "contramão" do modelo americano. Enquanto nos EUA as agências proliferaram como resposta ao modelo capitalista liberal, então fracassado, o modelo brasileiro surgiu no contexto do neoliberalismo, que primava pela desestatização. *In Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 89-110. Já Marçal Justen Filho ressalta a heterogeneidade do fenômeno de criação das agências, uma vez que cada país adotou um modelo com características peculiares – *in O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 52-53.

2 Vale ressaltar que não estão sendo considerados aqueles órgãos que, embora não sejam classificados como "agências reguladoras", podem exercer atividades regulatórias, como, por exemplo, o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Imobiliários. Mas, consoante afirmado por Alexandre Aragão (*in Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 265), esses órgãos não detêm o perfil de independência frente ao Poder Executivo como ocorre com as atuais agências reguladoras.

3 Para Gabriel de Mello Galvão, o modelo brasileiro de agências ganhou características próprias e se distanciou dos padrões americano e europeu, que influenciaram nosso ordenamento no princípio. Inicialmente, houve a preocupação de atrair investimentos, mas, com a criação de agências como ANVISA e ANCINE, fica claro o distanciamento entre as finalidades dos modelos estrangeiros. Afirma que *"o que parece ser uma constante na criação das agências é a reforma do Estado". In Fundamentos e limites da atribuição de poder normativo às agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p 54-55.

> bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento. [4]

Uma expressão merece destaque: o Estado como "regulador" do desenvolvimento social e econômico. Somando-se a esta concepção as idéias de eficiência, celeridade, participação popular, flexibilidade, busca de resultados, exsurge o ambiente ideal para o surgimento das agências reguladoras.

No texto do Plano, utiliza-se a expressão "agência autônoma", para designar os entes independentes e reguladores que viriam em substituição às autarquias e fundações. A pretensão inicial era que estas agências firmassem contratos de gestão com o núcleo central do Governo para obter maior nível de autonomia, a partir da análise de indicadores de desempenho.

O próximo passo foi a elaboração do arcabouço constitucional/legal para instituir as mencionadas "agências autônomas". Com as Emendas Constitucionais nº 8 e 9/1995, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações e a Agência Nacional de Petróleo – as únicas agências que detêm foro constitucional.

Sobre o surgimento das agências reguladoras no cenário brasileiro, Alexandre Aragão preconiza o seguinte:

> O Estado passou, portanto, a agir menos de forma piramidal e hierárquica, e mais em forma de rede, articulando o extenso conjunto de centros relativamente autônomos de poder que gravitam acima (entidades internacionais, supranacionais e redes de empresas transnacionais) e abaixo dele (comunidades locais e entidades da sociedade civil), assim como em seu interior (autoridades reguladoras independentes, delegatárias de serviços públicos).
>
> *omissis*
>
> Se, por um lado, essa estratégia do Estado propiciou recursos que não possuía, por outro lhe retirou grande parte do poder de comando sobre os serviços públicos, já que os investidores privados só carrearíam seus recursos se presente um arcabouço institucional e normativo apropriado aos seus interesses de lucro e segurança jurídica, por exemplo, através da regulação por agências reguladoras independentes.[5]

---

4 BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. *Plano Diretor da reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, DF, 1995.

5 ARAGÃO, Alexandre, *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 52.

Sérgio Guerra, ao explicar o processo de criação das agências, justifica-o da seguinte forma:

> O governo, na verdade, cedeu controle e capacidade decisória sobre aspectos técnicos para as Agências Reguladoras em troca de credibilidade e estabilidade, demonstrando com isso que a regulação deixava de ser assunto de Governo para ser assunto de Estado.[6]

Em suma, as agências reguladoras surgiram como a necessidade de atrair investimentos estrangeiros durante o período de privatização das empresas públicas (telecomunicações, energia elétrica e petróleo), e, num segundo momento, para promover a regulação de outras atividades econômicas *stricto sensu* que não estavam submetidas a um controle adequado (planos de saúde e vigilância sanitária). Como os capitais estrangeiros buscam instituições administrativas sólidas, estabilidade de governo e segurança jurídica, a solução foi a criação de entes diferenciados que garantissem as condições ideais de investimento. Eis o "compromisso regulatório" mencionado por Gustavo Binenbojm[7].

2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: A AUTONOMIA COMO ELEMENTO PRINCIPAL

De acordo com Marçal Justen Filho[8], agência reguladora pode ser conceituada como:

> autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração Direta.

Como um ente especial da Administração Pública, as agências reguladoras apresentam características bastante peculiares, assim

6 GUERRA, Sérgio. Agências Reguladoras e supervisão ministerial. p. 478. *In:* ARAGÃO, Alexandre (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 477-507.

7 BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 94.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 344.

enumeradas por Alexandre Aragão[9]: exercício de atividade normativa, fiscalizadora, sancionatória, julgadora e de arbitragem, possível flexibilidade e consensualidade no exercício das suas funções, caráter técnico de suas decisões, e, sobretudo, autonomia.

O mesmo autor fala em "autonomia reforçada" ou "independência" das agências reguladoras, considerando-a como a nota distintiva destes entes administrativos. Mas lembra o caráter polissêmico do termo, cuja delimitação dependerá do que dispuser a lei. Acrescenta que a idéia de "independência" está ligada aos modelos americano e europeu, sendo, de fato, mais uma "força de expressão", já que o que as agências possuem é uma autonomia reforçada em relação aos demais entes administrativos, e não propriamente uma independência[10]. Já Marçal Justen ressalta a indeterminação semântica do vocábulo "autonomia", mas prefere adotar indistintamente as expressões "autonomia" e "independência" para indicar "a redução de vínculos de influência externa que se verifica a propósito das agências".[11] Floriano de Azevedo Marques Neto, por sua vez, prefere adotar o termo "independência", pois "autonomia" remontaria ao modelo autárquico tradicional, dos quais as agências reguladoras se diferem.[12]

Para Vital Moreira, a autonomia exprime "a liberdade dos entes estatais infra-estaduais face ao Estado [...]. Neste sentido, a autonomia é uma questão de grau: pode ir de quase nada até a independência quase total, sendo que esta gradação será conferida pela lei".[13]

No presente artigo, preferiu-se adotar o termo "autonomia", que não deve se confundir com "independência", mais usual quando se trata da separação dos poderes estatais, nem com mera "discricionariedade", que seria a faculdade dada ao administrador de optar entre alternativas previstas em lei. Não seria independência posto que as agências são parte do Poder Executivo, longe de constituir um outro poder – embora sejam órgãos diferenciados em relação a outros entes da Administração e exerçam atividades quase judiciais e quase legislativas. Em segundo

9 ARAGÃO, Alexandre, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 313-329.

10 ARAGÃO, Alexandre. *Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmitificações*. p.11-12. *In*: *Revista IOB de Direito Administrativo*, nº8, agosto/2006. p. 07-19.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 396-397.

12 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes, Fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 67.

13 MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 70.

lugar, autonomia é muito mais que discricionariedade, faculdade ínsita a qualquer administrador.

Impende ressaltar que cada doutrinador elabora diferentes classificações para caracterizar a autonomia das agências reguladoras. No entanto, para fins de estruturação do presente artigo, optou-se por dividir a autonomia das agências nos seguintes elementos, que englobam os demais:

- autonomia financeiro-orçamentária;

- autonomia administrativa;

- autonomia funcional.

Nesta senda, deve-se destacar que a própria lei de criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) preceitua o que deve caracterizar a autonomia daquela Agência – independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.[14]

Por outro lado, a proposta do presente trabalho é demonstrar quão presentes estão essas características no modelo de agências reguladoras vigente.

2.1 AUTONOMIA FINANCEIRO-ORÇAMENTÁRIA

A autonomia financeira é representada, no âmbito das agências, pela arrecadação das taxas regulatórias, e a autonomia orçamentária, pela elaboração de sua proposta de orçamento ao Ministério ao qual está vinculada.

Sérgio Guerra afirma que a autonomia financeira e orçamentária das agências está assegurada em sua leis instituidoras. Ademais:

> têm como principal receita as denominadas taxas de fiscalização ou regulação pagas por aqueles que exercem as respectivas atividades econômicas reguladas, fazendo com que inexista dependência de recursos do orçamento do Tesouro.[15]

14 Art. 8°, § 2º da Lei nº 9.472/97 - A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

15 GUERRA, Sérgio. Agências Reguladoras e supervisão ministerial. p. 485. *In:* ARAGÃO, Alexandre (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 477-507.

No entanto, não é isso que se verifica.

As taxas, conforme lembrado por Fernanda Meirelles e Rafael Oliva[16], são contabilizadas como parte do orçamento geral da União. Assim, tornam-se objeto de controle pelo Ministério do Planejamento. "Entende-se, portanto, que o controle orçamentário também no Brasil [referiam-se ao modelo americano] configura-se como mecanismo de controle político das agências reguladoras", afirmam os autores.[17]

Por conseguinte, atualmente, as agências são dependentes, sim, de recursos orçamentários, e têm sofrido as mesmas restrições de outros órgãos públicos no que concerne a sua execução, sobretudo em relação ao malfadado contingenciamento. Muito embora as agências elaborem suas propostas orçamentárias, estas não estão isentas de cortes por parte do Poder Executivo central.

Para Floriano de Azevedo Marques, tal autonomia interditaria "contingenciamentos ou cortes orçamentários que sejam feitos para atender a objetivos de política monetária ou fiscal".[18]Nas palavras de Marçal Justen "a dependência de recursos orçamentários acarreta redução da margem de liberdade nas escolhas e decisões".[19]

Assim, levando-se em conta que a autonomia financeiro-orçamentária é representada não só pela elaboração da proposta, como também pela sua execução, resta evidenciado que o caráter autônomo das agências tem sido mitigado neste ponto.

Em reportagem intitulada "Uma agência estrangulada" da Revista Época, é feito um panorama da situação financeira da ANEEL no ano de 2007, que não tinha recursos para manter seus convênios de fiscalização de programas, para comprar móveis e para acomodar funcionários recém-empossados. Não havia recursos sequer para "custear uma diária de viagem nacional". Relata ainda que, no ano de

16 MEIRELLES, Fernanda, OLIVA, Rafael, *Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil*, p. 559. *In: Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro. v. 40, nº 4, jul/ago 2006. p. 545-565.

17 Acerca das taxas, o problema não se restringe a sua contabilização. Há diversas polêmicas relacionadas ao tema. Primeiramente, nem todas as agências a cobram, muito embora haja previsão legal. Em segundo lugar, há a discussão sobre a natureza jurídica da cobrança – se seria tributária ou contratual, em decorrência da celebração dos contratos de concessão. Em terceiro lugar, há o caso da ANS, que definiu a base de cálculo do tributo em sede de resolução, em clara ofensa ao princípio da legalidade tributária (sobre o assunto, cf. CAL, Ariane Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

18 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes, Fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 76.

19 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 476.

2006, foram arrecadados, a título de taxa de fiscalização, R$ 309 milhões. No entanto, só R$ 117 milhões foram repassados à agência. [20]

Outra reportagem, publicada no sítio eletrônico "CONTAS ABERTAS", denominada "Agências reguladoras têm 75% do orçamento 2008 bloqueado",[21] tratou das dificuldades decorrentes do contingenciamento de orçamento, *verbis:*

> Criadas para intermediar as relações entre os interesses público e privado, principalmente no fim dos anos 90, as agências reguladoras federais sofrem com restrições orçamentárias. Além dos problemas recorrentes de falta de autonomia e de carência de pessoal, as principais delas ainda têm recursos congelados na chamada reserva de contingência. Somente este ano, dos R$ 8,5 bilhões autorizados em orçamento para uso das reguladoras, cerca de R$ 6,4 bilhões estão congelados, ou seja, 75% não podem ser aplicados.

Destacou-se a situação da ANATEL, cujo orçamento foi bloqueado em impressionantes 87%.

Muito embora seja uma ocorrência comum em outros órgãos da Administração Federal, o contingenciamento do orçamento gera efeitos mais deletérios para as agências reguladoras, pois atinge seu caráter autônomo. Dificulta a contratação de pessoal e o exercício das atividades regulatórias previstas para aquele exercício orçamentário, mormente na área de fiscalização.

Assim, uma vez que se equiparou a execução orçamentária das agências à execução orçamentária dos demais órgãos da Administração Federal, não é possível se identificar uma autonomia financeiro-orçamentária que sirva de nota distintiva para os entes reguladores.

2.2 AUTONOMIA ADMINISTRATIVA

A autonomia administrativa diz respeito a um dos aspectos mais citados para caracterizar a autonomia das agências reguladoras: o exercício de mandatos pelos seus dirigentes. A indicação será feita pelo Chefe do Poder Executivo e o candidato deverá ser aprovado pelo Senado Federal. Quanto à duração dos mandatos, estes variam conforme a legislação da agência, assim como o número de diretores – cinco ou três.

---

20 RAMOS, Murilo. *Uma agência estrangulada. In:* Revista Época. nº 469. 14 de maio de 2007. p. 49.

21 KLEBER, Leandro. *Agências reguladoras têm 75% do orçamento 2008 bloqueado.* Brasília: Associação Contas Abertas. 2008. [on line]. Disponível em: <http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes_noticias.asp?auto=2296, consultado em 10/09/2008>.

Conforme lembrado por Alexandre Aragão[22], a constitucionalidade da previsão de mandatos para dirigentes de autarquias, só foi consolidada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949-0[23]. Antes, adotava-se a orientação da Súmula 25, que preconizava que "a nomeação a termo não impede a livre demissão , pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia". Ou seja, trata-se de uma realidade recente em nosso ordenamento jurídico, o que poderia justificar as dificuldades para o cumprimento efetivo dos mandatos.

Sem dúvida, a necessidade de aprovação pelo Senado dos diretores indicados pelo Poder Executivo e a impossibilidade de exoneração *ad nutum* são garantias importantes para assegurar uma razoável autonomia ao ente regulador. Presume-se a estabilidade e independência do indicado ao cargo de Diretor, bem como sua competência técnica – afinal, atuará em um órgão que prima pela tecnicidade de suas deliberações.[24]

Essa constatação, no entanto, é formulada em tese e nem sempre corresponde à realidade das agências.

Infelizmente, o que se verifica é a aprovação meramente formal do candidato à dirigente por parte do Senado, sendo pouco proveitosa a sabatina que os parlamentares realizam – cujo objetivo seria aferir a capacidade técnica dos futuros diretores das agências. Vale ressaltar que nunca houve veto a qualquer dos nomes indicados pelo Poder Executivo.[25]

Quanto ao exercício de mandato, a crise no setor aéreo expôs os problemas na nomeação dos dirigentes de agências. No caso específico, os diretores da Agência Nacional de Aviação Civil foram considerados

---

22 ARAGÃO, Alexandre. Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmitificações. p. 8. *In: Revista IOB de Direito Administrativo*, nº 8, agosto/2006. p. 07-19.

23 Essa Medida Cautelar em ADIn, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence e julgada em 18/11/99 (publicada no DJ de 25/11/2005), analisava a constitucionalidade de lei do Estado do Rio Grande do Sul que criava a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS. Neste julgado, o STF entendeu que a demissão *ad nutum* seria incompatível com o exercício de mandato. Uma vez no exercício do mandato, o dirigente só poderia ser exonerado por justa causa.

24 Sobre o assunto, Marçal Justen Filho aduz que "se a justificação para a criação das agências reside na existência de temas cuja solução envolve critérios técnico-científicos de decisão, resulta como indispensável que a administração da agência seja reservada a profissionais de elevada qualificação no setor regulado". *In: Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente"?*. p. 318. *In:* ARAGÃO, Alexandre. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 301-332.

25 Houve um "ensaio" de rejeição pelos Senadores ao nome da recém-nomeada conselheira da ANATEL, Emília Ribeiro. No entanto, no final, foram 13 votos favoráveis e 5 contrários a sua indicação.

ineptos para lidar com o setor aeroportuário[26]. Por conseguinte, foram pressionados a deixar seus cargos. Essa forma de atuação do Governo recebe o nome de *throwing the towel* (jogando a toalha, em tradução livre) nos estudos da doutrina americana e significa o trabalho de convencimento e pressão para que os diretores das agências, que perdem o apoio presidencial, deixem seus cargos, já que não são exoneráveis *ad nutum.*[27]

O caso vertente não se presta apenas a ilustrar os problemas decorrentes de escolhas políticas. Também provoca a discussão acerca do papel do Senado ao exercer o controle sobre a nomeação dos dirigentes e acerca das vias oblíquas de se burlar o exercício de mandato.

Decerto a existência de mandato cria uma dificuldade para a mobilidade dos dirigentes, característica fundamental dos cargos de direção da Administração Federal. Mas isso é justamente o que se pretende com essa garantia: maior estabilidade e independência no exercício de sua função. Daí a importância de que os mandatos sejam mantidos e que seus ocupantes sejam bem escolhidos, em prol da manutenção da própria idéia de autonomia das agências.

2.3 AUTONOMIA FUNCIONAL

Este elemento da autonomia das agências diz respeito à impossibilidade de revisão hierárquica das deliberações tomadas pela Diretoria das agências reguladoras (vale ressaltar que, nestes órgãos, as decisões são colegiadas, variando-se, apenas, o nº de diretores). Suas decisões seriam definitivas no âmbito da Administração (em nosso modelo, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, os atos deliberatórios das agências poderão ser revistos pelo Poder Judiciário).

Assim, conclui-se que não cabe recurso hierárquico impróprio[28] das decisões dos entes reguladores.

26 Reportagem da Revista Veja afirma que, "das dez agências existentes, seis estão tomadas por dirigentes partidários e apadrinhados em geral – a maioria dos quais não dispõe da menor qualificação para atuar na área de sua responsabilidade, caso notório de Milton Zuanazzi , da ANAC, e de Haroldo Lima, da Agência Nacional de Petróleo". (CARNEIRO, Marcelo. Ruim é o Zuanazzi, não as agências. In: VEJA, edição 2020, nº 31, p. 72-73, 08 de agosto de 2007). Muito embora retrate um juízo de valor, optou-se por trazer essa reportagem porque traz uma crítica comum naquele momento da crise aérea e serve para demonstrar a forte reação da mídia e da sociedade à atuação de alguns diretores de agências.

27 PRADO, Mariana Mota. *Accountability mismatch: as agências reguladoras independentes e o Governo Lula*. p. 229-230. *In*: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

28 O recurso hierárquico é chamado de impróprio porque é interposto perante órgão que, de fato, não é hierarquicamente superior ao órgão recorrido, o que ocorre na relação entre agência e ministério supervisor.

No entanto, essa regra não é absoluta.

Os conflitos entre Ministérios e Agências começaram logo no início do atual Governo, quando a ANATEL tomou a decisão de reajustar os contratos de concessão sem a (desnecessária) aprovação do Ministro das Comunicações e com o desconhecimento do Presidente da República. O mesmo ocorreu em relação ao reajuste das tarifas de energia elétrica.

Esse momento foi um "divisor de águas" nas relações entre as agências e as pastas a que se vinculam. Daí a elaboração de um projeto de lei, (nº 3337/2004), assunto que será tratado em outro tópico deste artigo.

Neste ponto, deve ser citado o Parecer Normativo da Advocacia-Geral da União nº AC-51, que aprovou o Parecer nº AGU/MS 04/2006, cujo entendimento é no sentido de que seria cabível o recurso hierárquico impróprio quando a decisão da diretoria da agência desbordasse os limites que lhe competiam, abrangendo a definição de políticas públicas, uma atribuição dos Ministérios. [29]

Eis trecho da ementa do referido parecer, que resume a orientação adotada no pronunciamento:

> Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou ainda violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração Direta.
>
> Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.

O referido parecer criou exceção à regra da definitividade das decisões das agências no âmbito administrativo, mas não ficou isento de fortes críticas, sobretudo do Professor Alexandre Aragão, que

29 Sobre a possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio contra decisões de agências reguladoras, v. GUERRA, Sérgio. Agências Reguladoras e supervisão ministerial. In: ARAGÃO, Alexandre (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 477-507.

identificou nesta exceção a possibilidade de interferência na atuação das agências, mesmo no caso de atos meramente regulatórios. Isso porque bastaria ao Ministro responsável pelo julgamento do recurso hierárquico caracterizar determinada medida como política pública para que fosse cabível o recurso hierárquico. Ou seja, o autor critica a fluidez do conceito de "política pública", que, na prática, poderá mitigar a autonomia das agências.[30]

Em que pese a robustez dos argumentos do professor Alexandre Aragão, o Parecer normativo da AGU apenas esclareceu um ponto que está presente em nosso modelo: a definição de políticas públicas é de competência da Administração Direta, ou seja, dos Ministérios. Eventual invasão de competência poderá ser cassada pela Pasta, por recurso hierárquico ou qualquer outro meio de se peticionar à Administração. Seria uma forma de controle de legalidade exercido pela própria Administração.

Neste ponto, impende mencionar o pronunciamento de Floriano de Azevedo Marques, que destaca por que as agências não devem definir políticas públicas:

> Importante é termos claro, na medida em que dotamos os órgãos reguladores de independência e de amplas competências de intervenção num dado setor, não se pode pretender atribuir-lhes também a competência para conceber e estabelecer as políticas públicas setoriais. Se assim fosse, aí sim estaria em risco o princípio democrático, porquanto interditada aos representantes eleitos a possibilidade de definir os objetivos e prioridades a serem concretizados pela atividade regulatória.[31]

É certo que poderá haver problemas de ordem prática quando da adoção do referido parecer, conforme aponta Alexandre Aragão, mas isso não infirma sua importância, pois, visto sob outra ótica, também fortalece o caráter definitivo e irrecorrível das decisões tomadas pelas diretorias colegiadas das Agências quando se tratar de matéria regulatória.

---

30 Sobre o assunto: ARAGÃO, Alexandre. Supervisão ministerial das agências reguladoras: Limites, possibilidades e o parecer AGU nº AC-051. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 245, 2007. p. 237-262.

31 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes, Fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 92.

2.4 OUTRAS FORMAS DE INTERVENÇÃO NAS DECISÕES DAS AGÊNCIAS

Criadas como o intuito de ser um ente autônomo em relação ao Poder Executivo central, as agências, no atual cenário brasileiro, têm sido alvo de constantes intervenções, freqüentemente noticiadas pela imprensa.

Vários episódios recentes ilustram essa constatação.

O caso da VARIG, por exemplo, demonstrou a constante intervenção do Poder Executivo central numa decisão que caberia à Agência Nacional de Aviação Civil, referente à venda daquela empresa. Ex-diretora da Agência afirmou que houve a intervenção direta da Casa Civil para que não fossem solicitados documentos da empresa que pretendia adquirir a VARIG.[32]

Outro episódio recente diz respeito à compra da Brasil Telecom pela OI, assunto que deveria estar afeto à Agência Nacional de Telecomunicações, mas que, no entanto, está sendo coordenado pelo Ministério das Comunicações.

Ainda sobre este caso, a imprensa noticiou que, uma vez que o Conselho Diretor da ANATEL estaria dividido – dois votos contrários e dois votos favoráveis ao negócio – houve a indicação do nome de mais uma conselheira, cujo voto favorável já seria conhecido. O processo de nomeação foi acelerado para que a deliberação pudesse ser tomada o mais rápido possível.[33]

A concepção ideal do modelo de agências preconiza que, em razão do caráter técnico de sua atuação, garantir-se-ia sua neutralidade, mormente em relação às influências políticas. Essa pretensa imparcialidade visa a garantir que as agências sejam o ponto de equilíbrio entre o Governo, os empresários e os usuários do serviço. Nas palavras do professor Gaspar Ariños Ortiz, durante Seminário sobre regulação, a intenção seria que os dirigentes de agências fossem autoridades distanciadas do processo político, baseando-se sua escolha no critério técnico. Entretanto, reconhece que essas novas autoridades são de difícil compreensão num sistema que o jurista espanhol

32 Sobre o assunto, cf. as seguintes reportagens: MARQUES, Hugo. COSTA, Octávio. LAGO, Rudolfo. *Problemas no Horizonte. In: Isto é*, ano 31, nº 2014, p. 28-33, 11 de junho de 2008 e MARQUES, Hugo. *O baú de denúncias de Denise Abreu. In: Isto é*, ano 31, nº 2015, pp. 31-33, 18 de junho de 2008.

33 Sobre o assunto, cf. reportagem da Folha de São Paulo: CEOLIN, Adriano, MATAIS, Andreza. Indicação da ANATEL acelera aval a nova tele. São Paulo: Grupo Folha. 2008. [on line]. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u432851.shtml, consultado em 13/09/2008>.

chamou de "napoleônico"(hierárquico, centralizado, intervencionista e autoritário).[34]

Talvez essa consideração explique por que é tão difícil esse distanciamento entre o poder político e a tecnicidade das decisões das agências reguladoras.

Inicialmente, é forçoso concordar com Marçal Justen Filho quando diz que é problemático afirmar que a regulação econômica se restringe a questões técnicas, isentas de caráter político. No mínimo, haverá uma decisão política sob o ponto-de-vista da conveniência e oportunidade do ato. Ressalta que "a Ciência e a Técnica não fornecem todos os critérios decisórios".[35]

Em outro texto, destaca que é indefensável a tese da dissociação entre gestão técnica e decisão política e que foi derrocada a concepção de que o conhecimento científico seria neutro e imparcial. Conclui seu pensamento dizendo que:

> a atividade das agências não se identifica com a atuação puramente teórica de um centro de pesquisa científica, em que os resultados práticos se constituem em variável circunstancial e de menor relevância. Ao contrário, as agências se constituem em um núcleo de poder político-econômico, competindo com outras instituições pela ampliação de suas competências e pela tentativa de controlar os processos sociais circundantes.[36]

Já Alexandre Aragão assevera que:

> não podemos, no entanto, ter a ingenuidade de achar que a tecnicidade é sempre acompanhada da imparcialidade, já que, salvo em casos limites, o saber técnico pode perfeitamente ser instrumentalizado em favor de diversos fins políticos.[37]

---

34 ORTIZ, Gaspar Ariños. *Regulación y Política: diseño e funciones de los entes reguladores. In:* Congresso Iberoamericano de Regulação Econômica, 3., 2008, São Paulo. *Resumos...* São Paulo: ASIER-IBDP. 2008. CD-ROM.

35 JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente"?* p. 321-322. *In:* ARAGÃO, Alexandre. *O poder normativo das agências reguladoras.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 301-332.

36 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes.* São Paulo: Dialética, 2002. p. 376.

37 ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 324.

> Gustavo Binenbojm e André Cyrino se pronunciam da seguinte forma:
>
> O que é certo, entretanto, é que não há matérias inteiramente assépticas à política em seus aspectos técnicos, nem tampouco escolhas totalmente políticas que prescindam de alguma consideração técnica.

Como solução para esse dilema, apontam a necessidade de que o legislador sopese a politicidade e a tecnicidade da atuação regulatória.[38]

Baseando-se nas lições dos doutrinadores citados acima, conclui-se que é improvável (quando não, impossível) a existência de um ato regulatório puramente técnico. No entanto, o que se deve combater é a utilização da justificativa técnica como forma de "mascarar" decisões parciais, que trazem em seu bojo uma opção política que, em verdade, visa a favorecer um ou outro grupo econômico de pressão, em detrimento do interesse público.

É certo que a relação entre Poder Executivo central, agências, entes regulados e consumidores é bastante delicada. Afinal, são muitos interesses a serem considerados – na maioria das vezes contrapostos (aliás, com vistas a resolver justamente esses conflitos de interesses, criou-se a figura da agência reguladora). Mas deve-se considerar que qualquer intervenção na atuação do órgão regulador por um outro pólo desta relação descaracterizará a função primordial das agências como promotora do equilíbrio destes mesmos interesses.

3 A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

Em interessante artigo, Mariana Mota Prado[39] defende que a atuação das agências reguladoras interfere diretamente em resultados eleitorais. Isso porque o Presidente poderá ser responsabilizado por um ato perpetrado pelas agências e que não foi bem recebido pelo eleitorado. Como a sociedade, em geral, não detém uma acurada percepção sobre o funcionamento das agências e sua relação com o Poder Executivo central, eventuais erros e acertos na atuação dos entes reguladores poderão ser creditados ao Presidente, muito embora ele detenha, em

38 BINENBOJM, Gustavo, CYRINO, André Rodrigues. Entre Política e Expertise: a repartição de competências entre Governo e a ANATEL na Lei Geral de Telecomunicações. p. 133. In: *Revista Brasileira de Direito Público-RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, v. 6, nº 21, abr/jun 2008. p. 128-152.

39 PRADO, Mariana Mota. *Accountability mismatch:* as agências reguladoras independentes e o Governo Lula. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). Agências reguladoras e democracia., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 225-251.

tese, pouco ou nenhum controle sobre o processo de deliberação das agências, órgãos supostamente autônomos. A esse processo, a autora dá o nome de *accountability dismatch.*[40]

A autora cita exemplos de restrição à autonomia das agências, como a interferência do Governo na negociação de revisão tarifária pela ANATEL e ANEEL, a criação da Secretaria de Telecomunicações dentro do Ministério das Comunicações (cuja função seria orientar, acompanhar e supervisionar a atuação da ANATEL), e a elaboração do projeto de lei para unificar a disciplina das agências reguladoras. Mas admite que a redação que foi enviada ao Congresso foi mais consentânea com os ditames de autonomia das agências do que o anteprojeto de lei apresentado pela Casa Civil e levado à consulta pública.[41]

Em sua conclusão, argumenta que não há prova definitiva de que o *accountability dismatch* esteja influenciando a atuação do atual Presidente do Brasil em sua relação com os órgãos reguladores, mas é fato que o fenômeno usualmente ocorre em regimes presidencialistas, pondo em risco o modelo regulatório o o sistema democrático.

Levando-se em consideração as idéias desenvolvidas pela autora, é forçoso concluir que o impacto das medidas tomadas pelas agências se torna mais relevante uma vez que sua atuação, na maioria das vezes, envolve relações com usuários de serviços, o que ocorre nos casos de telefonia, de energia elétrica e, para citar um exemplo mais recente, da aviação civil. Neste caso, bastante elucidativo da tese de Mariana Prado, houve uma grande reação popular à atuação da ANAC, personificada pelos seus diretores. Caso os diretores não tivessem se retirado, fatalmente o Presidente seria considerado responsável direto pela crise aérea.[42]

Gustavo Binenbojm, em seu artigo intitulado "Agências reguladoras independentes e Democracia no Brasil" afirma ser até natural o surgimento de algumas crises no relacionamento entre entes reguladores e Poder Executivo central quando há sucessão democrática por partidos de oposição, como ocorre atualmente no Brasil, e, neste contexto, as tensões geradas pela estrutura regulatória tendem a se exacerbar. Como solução, sugere o aprimoramento das formas de

40 A autora também traz um conceito de *accountability* eleitoral: "*sistema por meio do qual formuladores de políticas públicas eleitos são sancionados pelos cidadãos por meio do processo eleitoral. "Os eleitores podem manifestar nas urnas suas insatisfação ou discordância com algumas políticas ou atos"*– op. cit, p. 228.

41 op. cit., p. 249.

42 Sobre o assunto, cf. a seguinte reportagem: ESCOTEGUI, Diego. *Promiscuidade na ANAC – a resolução do caos aéreo passa pela depuração da agência encarregada de zelar pela qualidade da aviação nacional. In: Veja*, v. 40, nº 30, p. 66-67, 01 de agosto de 2007. De acordo com o jornalista, após a segunda tragédia da aviação brasileira, em Congonhas, o Governo "aguardava" a renúncia coletiva dos dirigentes da ANAC.

controle político e jurídico, bem como um maior grau de participação popular e de transparência dos processos regulatórios, de forma a evitar os conflitos e conferir maior legitimidade à atuação dos órgãos reguladores.[43]

Em nossa opinião, essa preocupação com o *accountability dismatch* (eleitores responsabilizando equivocadamente o governante por algo que não está sob seu controle) pode explicar o receio acerca da atuação autônoma das agências reguladoras, que tem provocado interferências do Poder Executivo central nestes órgãos e que infirma a própria idéia de autonomia ínsita a sua implantação, conforme demonstrado no decorrer do presente artigo. No entanto, a solução mais adequada, conforme apontado por Gustavo Binenbojm, seria o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle, preservando, assim, o caráter autônomo das agências, e não a intervenção constante no processo decisório das agências.

4 PROJETO DE LEI Nº 3.337/2004

O projeto de Lei nº 3.337/2004, oriundo da Casa Civil[44], tem como objetivo unificar a disciplina das agências reguladoras, que, até então, são regidas por normativos próprios. Embora esteja em tramitação desde 2004, só com o advento da crise aérea, que expôs os problemas do modelo regulatório, voltou-se a discutir o referido projeto.

Em artigo intitulado "Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil"[45], Fernanda Meirelles e Rafael Oliva traçam três objetivo do referido projeto: conferir uniformidade ao desenho institucional das agências, distinguir as atribuições de formular políticas públicas e de implementar a regulação e aperfeiçoar mecanismos de prestação de contas e responsabilização.

Ao analisar o teor do referido projeto de lei, verifica-se algumas preocupações, como a unificação da duração do mandato dos dirigentes, a necessidade de realização de consultas públicas para a edição de normativos, a implantação do cargo de Ouvidor em todas as agências, a apresentação de relatórios anuais de atividades.

---

43 BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006 p. 97.

44 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 3.337/2004. [on line]. Disponível em: <http//www.camara.gov.br/sileg/Prop_detalhes.asp?id=248978>. Acesso em 13 set. 2008.

45 MEIRELLES, Fernanda, OLIVA, Rafael. *Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil*, p. 546-547. *In: Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro. v. 40, nº 4, jul/ago 2006. p. 545-565.

No que diz respeito ao tema da "autonomia", entende-se que há dois pontos importantes tratados no projeto: os contratos de concessão e os contratos de gestão.

O projeto promove mudanças pontuais nas leis instituidoras de algumas agências (vale ressaltar que as leis próprias de cada agência não serão revogadas). Neste ponto, reside uma das questões mais polêmicas do projeto, pois denota, claramente, uma redução das atribuições dos entes reguladoras: as concessões passariam a ser de responsabilidade dos Ministérios, que seriam os representantes da União quando da celebração dos contratos (há previsão de regra específica para a Agência Nacional de Telecomunicações, Agência Nacional de Petróleo, Agência Nacional de Transportes Terrestres e Agência Nacional de Transportes Aquaviários, responsáveis por setores vitais da economia).

Por outro lado, de acordo com a redação ora proposta, há a possibilidade de delegação de algumas atribuições às agências, abrangendo inclusive a celebração do contrato de concessão e a realização do procedimento licitatório. Ou seja, ao mesmo tempo que o projeto prevê que a atribuição de celebrar contratos será de competência da Administração Direta, permite sua delegação. O que pode parecer uma medida salutar, poderá se convolar em uma atuação casuística, caso sejam relegados às agências apenas os contratos menos significativos. Assim, é importante que haja critérios objetivos para definir quando determinada atividade será delegada, ainda que tal definição seja feita por ato infralegal.

Outro ponto que poderia resultar na mitigação da autonomia das agências é a implantação do contrato de gestão. Este instrumento já estava previsto no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e consiste em um ajuste firmado entre Ministério e agência, visando ao atendimento de metas de desempenho, que seriam compensadas com o incremento da autonomia. Assim, o projeto tem como fim sistematizar essa figura, até então só prevista no Decreto nº 2335/97, da Agência Nacional de Energia Elétrica.

Paulo Roberto Ferreira Motta entende que o contrato de gestão é um instrumento contraditório, pois visa a propiciar maior autonomia gerencial, administrativa e financeira à agência, que vem a ser, justamente, as finalidades de sua criação. Um instrumento conferindo algo já atribuído por lei. Ademais, ressalta que também haverá o risco de redução da autonomia, caso não atingidas as metas pactuadas.[46]

Em nossa opinião, o projeto de lei nº 3.337/2004, em sua atual redação, retira uma das atribuições mais importantes de algumas

46 MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Marco legal das agências reguladoras. p. 30-31. *In: Interesse Público: Revista bimestral de Direito Público.* Ano IX. Nº 45. 2007. p. 29-37.

agências, qual seja, a gestão dos contratos de concessão. Não obstante, a mesma atribuição poderá ser delegada aos entes reguladores a critério do Poder Concedente. Quanto aos contratos de gestão, muito embora se reconheça a possibilidade de mitigação da autonomia, esta só ocorrerá como sanção a um órgão que não foi eficiente, o que nos parece justificável. O importante é que se estabeleçam critérios objetivos em ambas as hipóteses, para que não se tornem medidas casuísticas.

5 CONCLUSÃO

A dificuldade na implantação do modelo de agências da forma primordialmente proposta (com alto grau de autonomia se comparadas a outros órgãos da Administração) deve-se, mormente, à tentativa de adoção de um modelo americano, que não condiz com a tradição do direito administrativo brasileiro, no qual há a primazia da Administração Direta sobre a Administração Indireta. Por conseguinte, verifica-se um certo receio por parte do Poder Executivo de que as agências exerçam sua autonomia de forma plena.

Ademais, diferentemente da história americana - em que houve a construção do modelo de agências reguladoras, com o árduo trabalho da jurisprudência da Suprema Corte ao definir seus limites de atuação – no Brasil, o modelo foi imposto, num contexto de hipertrofia do Executivo e constantes influências políticas. Como falar em autonomia num cenário destes?

Como resultado, presenciamos um conflito intestino no Poder Executivo, em que um órgão, que deveria ser autônomo, ora é criticado por sua atuação, quando age no exercício desta autonomia, ora é cerceado, quando sua atuação não está de acordo com os interesses do Poder Executivo central.

Por certo, o isolamento total das agências de intervenções políticas e/ou econômicas constitui um modelo utópico. No entanto, o que se deve buscar, são formas de controle mais eficiente, a ser exercido por todos os Poderes, consoante preconizado pela teoria dos pesos e contrapesos.

Outra preocupação deveria ser a escolha dos dirigentes. Atualmente, presencia-se o seguinte processo pernicioso: diretores ineptos contribuem para o fracasso da agência, que passa a ter sua importância mitigada.

Não se pretendeu discutir neste artigo se o modelo de agências é o melhor para a regulação dos setores econômicos. Nosso objetivo foi trazer fatos e argumentos que demonstrassem que a realidade hoje vivenciada pelas agências está distante do modelo originalmente proposto, fazendo

com que, cada vez mais, estas se identifiquem com outros órgãos da Administração que não gozam da suposta autonomia.

Impende ressaltar, todavia, que não se vislumbra um futuro tão pessimista para as agências. Em primeiro lugar, porque o projeto de lei nº 3337/2004, tão criticado em seu nascedouro por reduzir o caráter autônomo dos entes reguladores, em sua redação atual, não traz grandes restrições à autonomia. Em segundo lugar, porque as agências estão em evidência e deseja-se que, a partir de episódios como o da crise aérea, haja uma maior cautela na escolha de seus dirigentes. Em terceiro lugar, porque há exemplos de agências exitosas, como a ANEEL e a ANATEL[47], que deveriam servir de modelo para as demais.

As agências reguladoras são um elemento novo no contexto do sistema jurídico nacional, e, em razão disso, encontram-se em processo de ajustes e adaptação. Por conseguinte, ainda carecem de um "amadurecimento institucional", que somente será atingido quando houver a definição clara do âmbito de regulação e o respeito às suas características, sobretudo, à autonomia.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre. *A*gências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Direito dos serviços públicos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmitificações. In: *Revista IOB de Direito Administrativo*, n. 8, agosto/2006, p. 07-19.

_____. Supervisão ministerial das agências reguladoras: Limites, possibilidades e o parecer AGU nº AC-051. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 245, 2007. p. 237-262,

BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

47 A seguinte informação consta do Relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE sobre a Reforma Regulatória: "a ANEEL e a ANATEL são bem avaliadas internamente, incluindo-se as percepções advindas de investidores estrangeiros em potencial e consumidores. Elas também são consideradas entre as melhores agências reguladoras econômicas do Brasil na avaliação do Banco Mundial. De diversas maneiras, seus processos, consultas e capacidade de avaliação alcançam amplamente os padrões internacionais de melhor atuação".

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre Política e Expertise: a repartição de competências entre Governo e a ANATEL na Lei Geral de Telecomunicações. In: *Revista Brasileira de Direito Público-RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, v. 6, nº 21, abr/jun 2008. p. 128-152.

BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Plano Diretor da reforma do Aparelho do Estado. Brasília, DF, 1995.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 3.337/2004. [on line]. Disponível em: <http//www.camara.gov.br/sileg/Prop_detalhes.asp?id=248978>. Acesso em 13 set. 2008.

CAL, Ariane Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARNEIRO, Marcelo. Ruim é o Zuanazzi, não as agências. In: *VEJA*, 2020 ed. nº 31, p. 72-73, 08 de agosto de 2007.

ESCOTEGUI, Diego. Promiscuidade na ANAC – a resolução do caos aéreo passa pela depuração da agência encarregada de zelar pela qualidade da aviação nacional. In: *Veja*, v. 40, nº 30, p. 66-67, 01 de agosto de 2007.

GALVÃO, Gabriel de Mello. *Fundamentos e limites da atribuição de poder normativo às agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUERRA, Sérgio. Agências Reguladoras e supervisão ministerial. In: ARAGÃO, Alexandre (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 477-507.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____.Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente"? In: ARAGÃO, Alexandre. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 301-332.

KLEBER, Leandro. Agências reguladoras têm 75% do orçamento 2008 bloqueado. Brasília: Associação Contas Abertas. 2008. [on line]. Disponível em: <http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes_noticias.asp?auto=2296>. Acesso em: 10 set. 2008.

MARQUES, Hugo; COSTA, Octávio; LAGO, Rudolfo. Problemas no Horizonte. In: *Isto é*, ano 31, nº 2014, p. 28-33, 11 de junho de 2008.

MARQUES, Hugo. O baú de denúncias de Denise Abreu. In: *Isto é*, ano 31, nº 2015, p. 31-33, 18 de junho de 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes - Fundamentos e seu regime jurídico.* Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael, Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. In: *Revista de Administração Pública.* Rio de Janeiro. v. 40, nº 4, jul/ago 2006. p. 545-565.

MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e associações públicas.* Coimbra: Coimbra, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Marco legal das agências reguladoras. In: Interesse Público: *Revista bimestral de Direito Público.* Ano IX. Nº 45. 2007. p. 29-37.

PRADO, Mariana Mota. Accountability dismatch: as agências reguladoras independentes e o Governo Lula. In: BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras e democracia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Relatório sobre a reforma regulatória: Brasil – Fortalecendo a Governança para o crescimento.* Brasília: OCDE. 2008. CD-ROM.

ORTIZ, Gaspar Ariños. Regulación y Política: diseño e funciones de los entes reguladores. In: *Congresso Iberoamericano de Regulação Econômica*, 3., 2008, São Paulo. Resumos... São Paulo: ASIER-IBDP. 2008. CD-ROM.

RAMOS, Murilo. Uma agência estrangulada. In: *Revista Época.* Nº 469. 14 de maio de 2007. p. 49.

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

Getúlio Eustáquio de Aquino Júnior
Procurador da Fazenda Nacional
Especialista em
Direito Publico - UNB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os paradigmas jurídicos; 1.1 A noção de paradigma; 1.2 Da pré-modernidade à modernidade; 2 A pós-modernidade; 2.1 A crise da modernidade e o surgimento da pós-modernidade; 2.2 A compreensão do fenômeno; 3 O pós-modernismo jurídico; 3.1 Os reflexos da pós-modernidade no direito; 3.2 A questão da eficácia do direito em tempos pós-modernos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A pós-modernidade é o cenário no qual o direito se insere nos tempos atuais. Baseado nesta premissa, o presente estudo tem como objetivo identificar e analisar algumas das perplexidades existentes no mundo jurídico neste contexto de profundas incertezas e pluralidade de possibilidades. Cuida-se, portanto, de perquirir acerca das influências deste novo paradigma no exercício do direito, a partir de questionamentos postos sobre as bases que erigiram a dogmática jurídica do período moderno. Nessa perspectiva, e a fim de uma melhor compreensão do fenômeno, visitou-se inicialmente as eras da pré-modernidade e da modernidade, para após proceder-se a uma incursão no universo jurídico pós-moderno, tecendo um dialogo que termina por desaguar na problemática da eficácia do direito na sociedade contemporânea.

ABSTRACT: The postmodernity is the context where Law places nowadays. Based on that statement, the present text intends to identify and to analyze some of the legal perplexities that are related to this new paradigm, which overcame the eras of premodernity and modernity. In the Law scene, the postmodern condition, which has been building against modern notions incapable of responding sensibly to the problems of our contemporary world, results especially on a lack of response to social and legal questions.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do direito. Paradigmas jurídicos. Transição paradigmática. Pós-modernidade. Pós-modernismo. Crise de jurisdição. Eficácia do direito.

KEYWORD: Theory of Law. Postmodernity. Postmodern condition. Legal paradigm.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar o fenômeno jurídico sob a ótica do período conhecido como pós-modernidade. Assim, será investigado o direito e a atividade jurídica à luz daquela era que se denomina pós-modernidade, buscando identificar e analisar os efeitos que este novo paradigma está a operar no mundo jurídico, haja vista que tal compreensão revela-se extremamente relevante, quiçá imprescindível, aos operadores do direito.

Para tanto, necessária se faz uma prévia exploração das fases que antecederam o século XXI, fundamentalmente a chamada era da modernidade. Tendo esta como ponto de partida, mais lógico se torna o estudo de todo o arsenal de elementos que compõe o direito moderno, quadro a partir do qual fica mais fácil visualizar as questões que envolvem as atuais incertezas do cenário jurídico. Nesse sentido, será apresentada inicialmente uma noção dos paradigmas jurídicos, em especial o da pré-modernidade e o da modernidade.

Em seguida buscar-se-á compreender o estágio atual do direito, com vistas a precisar quais são as questões que o incomodam nestes novos tempos. Para isso se discorrerá sobre a crise da modernidade e o conseqüente aparecimento da pós-modernidade, bem como se procederá a uma incursão jurídica no universo pós-moderno, a qual desaguará no problema da eficácia do direito. Com isso, o que se pretende ao final é lançar discussão sobre os rumos que o direito vem trilhando na sociedade contemporânea.

1 OS PARADIGMAS JURÍDICOS

1.1 A NOÇÃO DE PARADIGMA

Pode-se afirmar, sem margem a dúvidas, que a sociedade contemporânea está a experimentar um tempo de profundas mudanças e incertezas. Essa simples constatação advém da observação dos mais diversos aspectos da vida cotidiana. Assim, como não poderia deixar de ser, as inúmeras dimensões sociais e individuais do homem, tais como o plano filosófico, o biomédico, o político, o artístico, entre outros tantos, também vivenciam esta realidade dinâmica e inconstante.

Diretamente relacionado a essa problemática, emerge a figura conceitual dos paradigmas, hoje largamente trabalhada pela ciência e reiteradamente tomada como ponto de partida para análise das transformações da vida e das sociedades contemporâneas.

Consoante ensina Thomas Kuhn, para a ciência, pode-se compreender como sendo paradigmas "as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência".[1]

Delineia-se, dessa forma, um elemento conceitual a fim de auxiliar na análise das transformações, e que se mostra útil, sobretudo, na compreensão das perplexidades de um tempo em que as respostas parecem não corresponder aos anseios sociais formulados[2].

Ao tratar da relevância da noção de paradigma, Menelick de Carvalho[3] aponta bem o duplo aspecto que a envolve. Para ele, é certo que tal concepção serve para traduzir a evolução como um processo em que figuram múltiplos eixos temáticos, apresentando-se sucessivamente por meio de rupturas, e que condicionam a ação e a percepção humana em função da linguagem e da comunicação. Por outro lado, não é menos verdade que o paradigma tende a apresentar um quadro um tanto quanto simplificado do panorama em estudo, mas que se valida na medida em que representa a visão mais hegemônica de certa sociedade, compreendida em certo contexto, num dado período de tempo.

No campo que toca ao específico interesse desta análise, qual seja, a seara do direito, as transformações havidas – assim como deverá ser naquelas por haver – se apresentam igualmente bastante impactantes e desconcertantes, uma vez tido o direito como principal instrumento social que tem por fito a regulação das relações interpessoais.

Nesse sentido, diretamente relacionado ao campo do direito, emerge o conceito de paradigma jurídico, que pode se entendido como:

> o modo de ver e perspectivar a Constituição e o Direito de cada Estado e Sociedade segundo os valores e verdades aceitos de cada época, procurando, na medida do possível, enxergar através dos prismas contemporâneos, sem esquecer-se de que nos situamos em um espaço físico-cultural-histórico distinto ao olharmos o passado, vermos o presente – muitas vezes ainda turvo – e procurarmos

1 KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científica*s. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996. p. 13.

2 BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 1. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005. p. 11. Especificamente em relação ao plano do direito, o autor assinala que "as razões tradicionais e modernas já não mais respondem às necessidades corriqueiras do sistema jurídico".

3 CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. p. 236. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília, nº 6, p. 233-250, junho-dezembro 1998.

vislumbrar o futuro.[4]

A partir dessas iniciais considerações, pode-se assinalar que os grandes paradigmas sobre os quais se debruça a ciência jurídica, e que pertinem ao presente trabalho, são os da pré-modernidade, o da modernidade e o da pós-modernidade. E para uma adequada compreensão do que seja a pós-modernidade e quais os seus reflexos no âmbito do direito, é necessário fazer uma sucinta digressão aos períodos que a antecedem.

1.2 DA PRÉ-MODERNIDADE À MODERNIDADE

A pré-modernidade alude à irracionalidade como elemento fulcral para sua compreensão. A irracionalidade deitava seu leito no temor reverencial a Deus, entendido esse como poder maior, celestial e transcendente, bem como na absoluta observância das tradições até então vivenciadas. Dessa forma é correto entender que a pré-modernidade assinalou a completa ausência de distinção normativa entre moral, direito, costumes e tradição.

Havia uma concepção, até certo ponto, sobrenatural do mundo, no sentido de que a realidade não se limitava a um sistema observável, conhecido como natureza[5]. Com freqüência a postura assumida pelas pessoas tendia a aceitar um aspecto de sobrenaturalismo religioso, no qual o mundo teria sido criado por uma força divina, e que seus desígnios determinavam um propósito universal que regia todas as coisas. Assim, tanto na tradição cristã como nas diversas formas de politeísmo ou panteísmo, ou até mesmo em variantes não religiosas, era noção comum a existência de algo situado além do mundo observável, dos fenômenos visíveis.

Em tempos pré-modernos o homem era tido somente com mais uma pequena peça da engrenagem social, não possuidor de uma individualidade que o legitimasse a pleitear direitos que hoje entendemos como fundamentais. Sua missão era servir à divindade e à coletividade. Nesse contexto, vivia-se sob o signo das certezas irracionais[6].

Se a tônica que marcou a pré-modernidade foi a irracionalidade, o paradigma da modernidade veio a apresentar a negação frontal e

4 ALVES JR., Luís Carlos Martins. Os paradigmas da pré-modernidade, da modernidade e da pós-modernidade no direito político. Uma singela reflexão sobre Alexandre Magno, Napoleão Bonaparte e Barack Obama. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1713, 10 mar. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11007>. Acesso em: 10 set. 2008.

5 PINTO, Júlio Roberto de Souza. A pós-modernidade e o direito. p. 62. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano 9, n. 203, p. 62-65, junho 2005.

6 ALVES JR., op. cit.

incondicional de tal aspecto. O pensamento moderno tem com eixo *mater* a idéia de racionalidade nascida no berço do movimento iluminista, numa total contraposição ao modelo até então experimentado. A partir daí, a modernidade trouxe como principais traços as noções de objetividade e de isenção, a serviço do progresso de uma ciência que se pretendia redentora[7], posto que baseada na razão. E justamente essa razão é que concebia dentro de si os valores de neutralidade e objetividade, referenciais tão vitais ao liberalismo.

Foi a Revolução Francesa a eclosão e o ápice triunfal dos ideais iluministas. O modernismo surgia, assim, como um movimento de índole científica e artística, cuja produção cultural refletiu a tomada do poder pela burguesia comercial européia. Decorrente da idéia de racionalidade, plasmou-se a mensagem de que cada ser humano é livre e senhor de sua vida e de seu destino[8], a quem são assegurados os mesmos direitos e deveres, uma vez que todos nascem livres e iguais. A bandeira da "liberdade, igualdade e fraternidade" trouxe um universo de possibilidades àqueles que antes apenas se conformavam com a vida e a morte dentro dos estreitos limites de suas inflexíveis castas sociais.

Dessa forma, o iluminismo consagrou o valor conhecimento humano e elegeu como único veículo lícito a descortinar novas verdades reais o discurso científico. Por certo, a aceitação da ciência como voz singular sustentou-se no pilar da possibilidade de demonstração e comprovação das suas verdades anunciadas.

Ocorreu, dessa forma, a dissociação entre senso comum e ciência, passando essa última a se ocupar, ainda que parcialmente, de certos nichos antes preenchidos apenas pela visão religiosa ou sobrenatural. O sentido e a causa das coisas passaram a ser buscados dentro do mundo natural, e não além dele. Portanto, foi a ciência guindada ao posto de instrumento de libertação do homem. Com efeito, pode-se afirmar que a modernidade assinalou, dessa forma, a era paradigmática das certezas racionais.[9]

Portanto, a modernidade veio apresentar um novo projeto com múltiplos traços culturais, econômicos, políticos e sociais, amparados em ideais filosóficos, com o nítido propósito de reestruturar as relações sociais e humanas, e que encontrou forte eco no mundo ocidental.

7 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 7.

8 HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 121. "A época moderna encontra-se, sobretudo, sob o signo da liberdade subjetiva." Registre-se, contudo, que Habermas não é adepto da noção distinta de pós-modernidade, dado que vê na modernidade um projeto inconcluso.

9 ALVES JR., op. cit.

A modernidade relaciona-se, assim, com os valores do otimismo, do progresso, da busca pelo exaustivo conhecimento científico no que se refere à sociedade, à política, à tecnologia. Podem ser citados alguns dos grandes nomes do período modernista, tais como o matemático René Descartes, o filósofo Immanuel Kant e o físico Isaac Newton.

O reflexo do pensamento moderno na órbita do direito constituiu o chamado modernismo jurídico que, como decorrência direta do pensamento iluminista, possui como eixo valorativo um conjunto político e normativo a que se denominou fundacionalismo.[10] Este, por sua vez, identifica-se com as idéias de liberdade, contrato social, democracia, igualdade, ou seja, todas aquelas diretrizes jurídicas que possuem consonância com o ideário liberal-iluminista.

É que o recém-nascido Estado Liberal, marcadamente caracterizado pela idéia de não-intervenção na economia e na propriedade privada, construiu, de forma coerente, um modelo jurídico legalista e formal, muito mais afeto à enumeração e previsão legal de um rol de direitos do que a sua efetiva observância prática.

Nesse sentido, o pensamento moderno conduziu o direito a racionalizar os riscos e as possibilidades, estabelecendo formas sistematizadas e ordenadas[11], firmemente amparadas pela figura do Estado. Pretendeu-se, então, aperfeiçoar a cada vez mais complexa rede de relações humanas e sociais, tendo como pressuposto o argumento, até então irrefutável, da universal razão iluminista. Desta maneira, o pensamento jurídico cuidava de traçar estratégia de atuação e controle tendo como natural premissa lógica a previsibilidade dos eventos sociais. Era o direito do previsível, do esperado, do pensado, do racionalizado.

2 A PÓS-MODERNIDADE

2.1 A CRISE DA MODERNIDADE E O SURGIMENTO DA PÓS-MODERNIDADE

O decorrer da história veio mostrar, contudo, que o pensamento racional científico não estava inteiramente apto a responder adequadamente aos anseios individuais e coletivos, assim como o moderno direito, por conseguinte, não estava sendo capaz de viabilizar, de maneira satisfatória, a distribuição de justiça, bem como possibilitar a conquista da paz social. Sobreveio, enfim, a triste constatação de que

10 GODOY, op. cit. p. 163.

11 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 47. "A ordenação – o planejamento e execução de ordem – é necessariamente uma atividade racional, afinada com os princípios da ciência moderna e, de modo mais geral, com o espírito da modernidade."

as curas universais oferecidas pelo modernismo no intento de combater os males também universais, por ela supostamente diagnosticados, não estavam funcionando.

O século XX[12] viu brotar questionamentos acerca dos modos de viver assinalados pela moderna razão. Percebeu-se que a modernidade não conseguia proporcionar os esperados resultados para a vida social. A partir dessa constatação tornou-se inevitável o aparecimento de uma postura de desconfiança em relação aos valores modernos. Mais tarde, ao anunciar a falência deste eixo valorativo moderno, a pós-modernidade denominará esse conjunto de valores centrais albergados pela modernidade como sendo as *grandes narrativas* ou *metanarrativas*.

Os antecedentes históricos de guerras mundiais (primeira e segunda), regionais (Irã-Iraque, Coréia, Vietnam etc.) ou civis (países africanos), colapso de sistemas político-econômicos (soviético, alemão) e outros tantos eventos nefastos foram indícios irrefutáveis do fracasso daquilo que se pregou como solução para a humanidade. Não sem motivo Eric Hobsbawm refere-se ao período como Era das Catástrofes[13].

Já na década de 60 eclodiram diversos movimentos de protesto que revelaram a insatisfação com o sistema vigente. Vejam-se as manifestações estudantis no ano de 1968 que, representando uma efervescente onda política, social e cultural, marcaram posição de maneira indelével contra o império da racionalidade moderna.

Assim, o decurso do século XX apontou no sentido da progressiva falência do pensamento ocidental consubstanciado no projeto da modernidade, sendo certo que já ao final do século XIX o ponto inicial da derrocada modernista é vislumbrado pioneiramente na obra de Nietzsche[14]. De toda forma, é correto afirmar que o aparecimento da noção de pós-modernidade pode ser identificado com os finais do século XX, em que pese a mesma vir sendo gestada, ao menos no plano da consciência, concomitantemente a cada verificação de fracasso experimentado ao longo de todo o período.

2.2 A COMPREENSÃO DO FENÔMENO

Primeiramente, é necessário apontar que a interpretação literal

12 BAUMAN, op. cit., p. 11. Sabedor da dificuldade de se estabelecer datações, afirma o autor: "Quanto tempo tem a modernidade é uma questão discutível. Não há acordo sobre datas nem consenso sobre o que deve ser datado".

13 HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 524.

14 GODOY, op. cit., p. 71-83.

conduz ao entendimento de que a pós-modernidade contém em si um significado de momento histórico, temporal, sucessivo à modernidade justamente porque surgido *após* ela[15]. Por outro lado, é certo que não se pode reduzir a compreensão à exegese de que seriam apenas períodos seqüenciais, visto que os citados paradigmas também são encarados como diferentes "modos de se conceber, por sistemas de pensamento, a dimensão dos fatos que se originam em seus tempos"[16]. Portanto, a pós-modernidade vem a significar tanto um período de tempo cujo decurso se dá após àquele entendido como modernidade, quanto uma nova era de domínio intelectual distinto, possuindo, assim, significado cronológico e ideológico.

Outro ponto de importante aclaramento é o que pertine à terminologia. A expressão pós-modernidade (ou pós-modernismo) não só não é unânime entre os estudiosos do tema[17], como pode encerrar divergentes concepções. A despeito de tal constatação, pós-modernidade parece ser o termo mais largamente utilizado por aqueles que querem se referir ao fenômeno.

Feitas tais considerações, pode-se entender a pós-modernidade como sendo

> um fenômeno que se manifesta em diversos níveis (econômico, político, social, institucional, familiar etc) do relacionamento humano, exatamente em função de mudanças profundas na caracterização das crenças e dos valores fundantes das relações que anteriormente sustentavam as feições modernas da intersubjetividade[18].

A pós-modernidade não é, assim, um movimento orquestrado, oriundo de certa corrente filosófica ou política. Até por isso se mostra difícil tentar reunir e identificar um grupo homogêneo de valores que a represente claramente[19]. A pós-modernidade é, em síntese, um movimento de rejeição, de negação, é negativo em sua essência. Não

15 BITTAR, op., cit. p. 26.

16 BITTAR, op. cit., p. 9.

17 BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 92. Bauman menciona: "Não é em toda parte, porém, que essas condições parecem, hoje, estar prevalecendo: é numa época que Anthony Giddens chama de "modernidade tardia", Ulrich Beck de "modernidade reflexiva", Georges Balandier de "supermodernidade", e que eu tenho preferido (junto com muitos outros) chamar de "pós-moderna": o tempo em que vivemos agora, na nossa parte do mundo (ou, antes, viver nessa época delimita o que vemos como a "nossa parte do mundo"...)."

18 BITTAR, op. cit., p. 138-139.

19 BITTAR, op. cit., p. 102.

é, portanto, uma escola de pensamento que possua uma clareza de movimento ideológico ou uma doutrina identificável.

Em que pese tal aspecto, por outro lado é também correto afirmar ser possível identificar correntes de pensamento surgidas no período, as quais representam verdadeiras expressões de descontentamento com a perspectiva modernista, tais como o existencialismo e o desconstrutivismo.

A era pós-moderna deve ainda ser entendida como um processo em pleno curso, em constante construção, aberto aos inúmeros atores sócio-políticos. A partir dessa idéia, some-se ao quadro um natural componente de ansiedade inerente ao enfretamento do novo para que restem, assim, acentuadas as imprecisões conceituais e valorativas.

Os tempos atuais presenciadores da pós-modernidade denotam o que Boaventura de Souza Santos[20] intitulou transição paradigmática, ou seja, um encontro de eras em que a tônica é a falta de direção, de norte, haja vista a pluralidade de possibilidades e a escassez de certezas.

A pós-modernidade mostra-se como fruto do espírito contestador, decorrente de um estado reflexivo da sociedade em face da constatação de suas próprias mazelas, de sua incapacidade de êxito na consecução das propostas modernas, quadro apto a resultar numa completa revisão das premissas, ora tidas como intocáveis. É aquilo que Lyotard chamou de crise das grandes narrativas[21], essas entendidas como um conjunto de percepções universalizadas em um determinado contexto cultural. Assim, as grandes narrativas modernas, tais como justiça e verdade, estariam cada vez mais sob o estigma da desconfiança, visto que têm se mostrado de alcance questionável.

Com efeito, o século passado governado pela razão não foi capaz de lidar hábil e eficazmente com as demandas suscitadas. Assim, viu surgir guerras imperialistas, campos de concentração, ideologias racistas, deteriorização das relações sociais, agravamento da pobreza, conflitos separatistas, crises econômicas, e tantas outras manifestações de uma ordem sócio-político-humanista moribunda. O pós-modernismo é a bandeira que se levanta contra essa concepção vigente, porem decrépita; é o assinalar veemente da exaustão dos valores modernos, assentado na desilusão da esperança de se obter um conhecimento absoluto que se mostraria senhor de todas as respostas.

---

20 SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 186.

21 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 62, *apud* LYOTARD, Jean-François. *The postmodern condition: a report on Knowledge*. 12ªed., Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999, p. xxiii.

Uma imediata superação, pura e simples, da modernidade é falaciosa. Essa não é nem foi ultimada automaticamente com o início da pós-modernidade; pelo contrário, ambas se misturam. E, conforme se disse, a pós-modernidade é um movimento em contínuo andamento, em franca expansão.

Vê-se, pois, que a pós-modernidade traz em si o elemento da superação dos dogmas erigidos ao longo da modernidade. Traduz uma atitude cética para com a racionalidade construída pelo pensamento iluminista[22]. Nesse sentido, afirma-se que a pós-modernidade é o paradigma das incertezas racionais[23].

3 O PÓS-MODERNISMO JURÍDICO

3.1 OS REFLEXOS DA PÓS-MODERNIDADE NO DIREITO

O direito trilhou um caminho da completa insignificância medieval (pré-modernidade) ao posto de referência central na sociedade moderna, culminando com a consolidação do positivismo, no século XX, como cultura jurídica apta a realizar a proposta científica do moderno direito.

O direito, assim como outros ramos do saber, foi colonizado pelas chamadas ciências duras, aquelas mais afetas a formalizações cartesianas, tais como física e matemática, e que fundamentaram o processo de desenvolvimento tecnológico experimentado no período da modernidade.

Surgiu, assim, um direito tecnicizado, despido de conteúdo axiológico, a sustentar a idéia de direito exclusivamente positivo, consagrando o pensamento normativo-positivista. O ícone maior desta concepção foi Hans Kelsen, oriundo do chamado círculo de Viena, e que teve seu momento maior com a publicação da obra *Teoria Pura do Direito*.

O direito moderno foi erigido com base no *eu*, no individual, na concepção de um sujeito de direito e deveres, tão bem plasmado nas legislações napoleônicas e no BGB (código civil alemão); foi construído como meio de se revelar a verdade; foi criado reverenciando os textos, as constituições; foi compreendido como categoria que inexoravelmente se subjugava a um natural processo evolutivo, no qual o fator tempo se encarregaria de elevar à excelência os seus institutos. O direito pós-

22 GODOY, 2005, op. cit., p. 7.

23 ALVES JR., op. cit.

moderno critica todos estes referenciais, a começar pela exaltação cega dos textos legais, os quais reputa equívocos e polissêmicos.

Não obstante, o advento da pós-modernidade não deve ser entendido sob a ótica de um fato, de um acontecimento. É certo que em se tratando de uma mudança paradigmática, o mais correto é compreender tal fenômeno sob o prisma de um processo. Não se pode enxergar a transição paradigmática modernismo/pós-modernismo de outra forma a não ser como um processo - em curso, repita-se -, uma verdadeira fase cronológica e conceitual de superação de antigos valores.

Por isso é necessário reconhecer que o direito está a se fazer vivo, a atuar, em um ambiente por vezes altamente contraditório, espaço de convivência entre velhos e novos valores, frustrações consolidadas e aspirações recém-nascidas. Ou, nos dizeres de Eduardo Bittar, numa "dupla realidade, a um só tempo moderna e pós-moderna". [24]

Dessa forma, pode-se dizer que a pós-modernidade tem influenciado decisivamente a forma de se pensar o direito nos tempos atuais na medida em que denuncia o colapso das velhas fórmulas e conceitos sobre os quais se erigiu o direito moderno. E se por um lado essa influência traduz-se em benefícios imediatos no campo jurídico, por outro nos coloca frente a frente com difíceis questões resultantes do abalo dos alicerces jurídicos vigentes, e para as quais ainda não se vislumbram respostas satisfatórias.

Esta é, inclusive, uma crítica que se faz ao pós-modernismo jurídico, qual seja, o seu caráter niilista[25]. É dizer, o direito pós-moderno cuida apenas de adotar uma postura de profunda negação, de ceticismo, de descrença absoluta, sem que se ocupe, *a priori*, em trazer novas respostas. Em outras palavras, é tirar sem pôr, é subtrair sem adicionar, é destruir sem construir. Percebe-se, portanto, que vivenciamos um momento de crise, compreendida essa ao se constatar que velhas concepções já estão superadas, mas que algo novo que as substituiria ainda não surgiu efetivamente.

A dogmática jurídica dos tempos modernos relaciona-se com um Estado legalista, dependente e venerador de textos normativos, de ordenamentos estabelecidos, cujos valores tradutores da razão jurídico-científica eram a validade, a ordem, a impositividade, a legalidade. Entretanto, mesmo com todo esse arsenal de positivações, a figura estatal não se mostrou capaz de conter delitos, transgressões, atos abusivos, enfim, de realizar a justiça social.

24 BITTAR, op., cit. p. 425.

25 GODOY, op., cit. p. 121. Diz o professor: "Reside aqui a primeira crítica que o pós-modernismo suscita: seu niilismo. O pós-modernismo jurídico é abstração filosófica, especulação teórica, agitação intelectual, negativismo conceitual, anarquia moral, ambigüidade ética."

Por certo, a pós-modernidade produz decisiva influência na seara jurídica através do fenômeno da globalização. Esta tendência de quebra de barreiras consistente numa maior e mais rápida circulação de pessoas, capitais e informações, potencializada devido aos avanços da revolução tecnológica, ataca frontalmente a idéia de soberania e autonomia estatal. As grandes empresas transnacionais, exatamente por serem detentoras de respeitável poderio econômico, adquirem poder de decisão que muitas vezes pode afetar profundamente certos países, resultando em abalos na ordem internacional. Destarte, não resta duvida que a conformação do direito é posta em xeque na medida em que a soberania constitui uma das bases para o desenvolvimento de qualquer tentativa de construção jurídica estatal.[26]

Aponta-se, ademais, que a crise que atinge a estrutura formalista do direito moderno inaugura também uma crise de jurisdição constitucional[27]. Isso porque as intervenções da jurisdição constitucional no Estado contemporâneo vão além da simples decisão em um caso concreto, de tal forma que lançam seus reflexos em toda a sociedade, no intuito de garantir a eficácia de normas que são, muitas das vezes, programáticas. É que de outro modo as normas programáticas não conseguiriam ter eficácia alguma, não logrando concretizar o seu conteúdo constitucionalmente previsto.

E da mesma forma que essa crise de jurisdição reside na ausência de eficácia de dispositivos constitucionais, vê-se também instaurar uma discussão acerca de legitimação da jurisdição constitucional[28], posto que as decisões oriundas deste tipo de jurisdição afetam diretamente a estrutura do poder na sociedade, definindo seus limites. Isto em decorrência de que a jurisdição constitucional adquire um caráter normogenético, na medida em que conduz à aplicação de um direito que não poderia ser exercido por ausência de regulamentação do legislador infraconstitucional.

Como se já não bastasse, outra das perplexidades jurídicas dos novos tempos diz com a insuficiência do direito para atender demandas coletivas. Explica-se porque o direito moderno, como fruto que é do Estado liberal, foi erguido sobre as categorias do individual e do burguês. Assim, não logra oferecer, hoje, soluções adequadas para conflitos pós-

26 GOMES, Fábio. Direito, globalização e pós-modernidade: uma introdução. p. 51-52. In: *Revista Jurídica*, São Paulo, ano 50, n. 302, p. 48-54, dezembro 2002.

27 AGRA, Walber de Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. p. 579-580. In: *Revista da Esmape.* Recife, v. 9, n. 19, p. 575-610, janeiro-junho 2004.

28 AGRA, op. cit., p. 597.

modernos, os quais tendem a se apresentar cada vez mais coletivizados, mais transindividuais (direitos ambientais, direitos dos consumidores etc.).

Ademais, Eduardo Bittar[29] aponta com precisão uma série de valores consagrados no direito do século XIX que, por si mesmos, não se mostram aptos à efetiva realização do desiderato do Estado Contemporâneo. Eis alguns deles: a universalização das leis, visto que não respeita as específicas peculiaridades dos atores sociais; o princípio da objetividade do direito, já que é utópica a isenção da contaminação pelas forças políticas; a idéia da contenção do arbítrio pela lei, ante a não correspondente atuação estatal no campo fático; a regra da igualdade perante a lei, porque oposta à crua realidade social; a tripartição das competências estatais como forma de sustentar o equilíbrio estatal, visto que resulta em descompasso de políticas judiciárias e administrativas; a intocabilidade da soberania, posto que não sintonizada com o movimento de internacionalização dos mercados globalizados; a idéia de democracia representativa, quando se sabe que a grande massa popular vive sob os influxos das manipulações políticas e publicitárias.

Resta, assim, certificado que as modernas certezas jurídicas estão a sofrer constantes e irreversíveis ataques na era da pós-modernidade, sem que algum caminho tenha sido ainda efetivamente apresentado à construção.

3.2 A QUESTÃO DA EFICÁCIA DO DIREITO

Ao se analisar toda a experiência jurídica vivenciada na modernidade percebe-se que, como fundamento último a legitimar aquela concepção, se fazia onipresente a idéia da validade[30].

Todos os parâmetros conceituais extraídos da máxima sistêmica e ordenada do direito nos conduzem à noção de *norma válida* como elemento central do então complexo jurídico. O direito era visto como norma emanada por autoridade competente, desenhada dentro de procedimento regular, e exteriorizada de acordo com parâmetros legais, superiores hierarquicamente. Validade traduzia-se em observância aos trâmites formais de criação.

Assim, uma vez que a norma ocupava lugar de absoluto destaque nos sistema positivo, era natural que a idéia de validade fosse o conceito de maior relevância a ser buscado. Dessa forma, ao se debruçar no estudo de dada norma inserida no ordenamento jurídico, investigava-se

29 BITTAR, op. cit., p. 176-177.

30 BITTAR, op.. cit., p. 181.

acerca do *fundamento de validade* da mesma. A grande discussão jurídica na ordem normativo-positivista é a que resulta de perquirir a validade da regra imposta pelo Estado, numa clara demonstração da valorização do aspecto científico que envolvia a compreensão do fenômeno jurídico. O ideal da sistematização racional levava os operadores do direito a tão-somente buscar os fundamentos da regulação da vida social[31].

Veja-se, portanto, que a ideologia existente por trás do positivismo buscava justificar juridicamente o Estado Moderno, ou, de outro modo, a ascensão burguesa alavancada que foi em seu crescimento econômico.

Contudo, sob os influxos de um novo tempo, a teoria do direito não conseguiu permanecer alheia às demandas sociais. As mudanças de conceitos, valores, culturas, políticas, vieram mostrar o quanto é míope um direito lastreado visceralmente na validade como justificação última da ordem, a pretexto de garantir uma ciência pura. Assim, multiplicaram-se as teorias contemporâneas que representam correntes de pensamento críticas ao positivismo.

É inconteste que a configuração dos sistemas jurídicos contemporâneos sofre diretamente os abalos estruturais da pós-modernidade, na medida em que representam concepções de modos de ser e de viver no mundo. Exsurge, dessa forma, a questão da *eficácia* como eixo central para a discussão do direito na pós-modernidade.

Observe-se que apesar do caráter múltiplo que se pode extrair do conteúdo semântico da palavra eficácia[32], aqui ela é tomada em seu sentido prático, relativo aos efeitos da norma jurídica no plano social, eficácia social, portanto. A eficácia seria, então, aquele atributo da norma que se volta aos efeitos da mesma no contexto social, lançando-a em direção à sociedade, aproximando-a da realidade social. Carrega em si uma noção de relação da norma com o mundo exterior a ela.

Nesse sentido, o direito se depara com uma intensa crise que afeta seriamente sua eficácia, na medida em que sofre os efeitos da complexidade das relações sociais e da pluralidade do tecido social, levando à falência de uma concepção jurídica exacerbadamente formal, fundada quase que exclusivamente em sua própria positivação[33].

A crise de eficácia é constatada ao se perceber um enorme vácuo na produção prática do direito, de forma a não ser ele capaz de cumprir os seus escopos sociais. Verifica-se, pois, uma profunda

---

31 CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O direito e o diálogo com a pós-modernidade. p. 33. In: *Fórum: debates sobre justiça e cidadania*, n. 2, p. 32-33, junho-julho 2002.

32 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 195.

33 AGRA, op.. cit., p. 579.

incapacidade do direito se fazer realizar em seu perfeito alcance, em sua plena projeção social. Limitações jurídicas de toda ordem se fazem vislumbrar nos tempos atuais, pondo em risco, até mesmo, a pacífica convivência de todos sob o signo de um pretenso contrato social, haja vista o desconcertante abismo existente entre a essência normativa e seu correspondente reflexo fático. É a triste constatação da ausência de força social da normatividade. Por certo, de nada adianta a consagração no plano normativo de um rol grandioso de direitos – como o fez o constituinte de 1988, *v. g.* – se não for possível lhe emprestar senso prático, eficácia.

Nesse ponto é necessário considerar um aspecto que se relaciona com a insuficiência do Poder Judiciário em responder aos anseios sociais. Aqui, a inflação legislativa desempenha um agravante papel. Isso porque é necessária a compreensão de que a modernidade ultrapassou o então incipiente Estado liberal, fazendo-se presente no consecutivo Estado-providência, ou do bem-estar social. Dessa forma, ao se aumentar consideravelmente a previsão (positivação) de direitos dos cidadãos e de deveres do Estado, quadro este somado à crescente complexidade das relações sociais, a função jurisdicional, como emanação direta da figura estatal, sentiu inapelavelmente as conseqüências. Assim, o desempenho do Poder Judiciário, personificação do Estado-Juiz no caso concreto, passa a ser questionado, ao mesmo tempo em que vê surgir movimentos sociais que se arvoram como fontes de regras sociais e de novos meios de composição dos conflitos[34]. Eis aí mais uma faceta jurídica da chamada crise do Estado contemporâneo.

Perceba-se ainda que eficácia pode até se aproximar de uma noção de justiça, mas com ela não se confunde posto que são, por óbvio, concepções distintas. Contudo, não obstante a diferença de ambas, tanto a justiça, entendida como valor ínsito a nortear o direito, assim como a eficácia, entendida como caractere que dele se espera, só se realizam no mundo dos fatos e não na letra fria da lei.

A problemática da eficácia conduz à análise da incapacidade de todo um sistema de responder às necessidades sociais. Não se trata, portanto, da ineficácia pontual e eventual de certas normas objetivamente consideradas, mas sim de indícios de uma falência sistêmica, que nos conduzem, ao final, à conclusão do quão inadequado se mostra o projeto jurídico moderno no contexto contemporâneo.

Em verdade, o que a ineficácia jurídica vem revelar, como seu pano de fundo, é um profundo descompasso entre as estruturas

34 GOMES, Fábio Cantizani. *Direito, globalização e perspectivas para a pós-modernidade.* p. 96. In: *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, ano 8, n. 14, p. 95-100, janeiro-junho 2005.

socioeconômicas e as instituições jurídico-políticas[35], um grande divórcio entre as dimensões do normativo e do social[36].

Nesse sentido, é lícito constatar, ainda, que a pós-modernidade não admite uma leitura exclusivamente interna do direito[37]. Ela privilegia sim uma leitura externa, ou seja, que não a realizada apenas pelos seus operadores imediatos, e que viabiliza uma ótica sócio-econômica e cultural sobre o direito. Um direito pós-moderno não pode se privar do diálogo com outros atores sociais, e uma perspectiva externa do direito tenderia a possibilitar que certos valores vagos - e por tantas vezes, neutros - cultuados pelo direito moderno, tais como justiça, razão, autonomia, fossem preenchidos conceitualmente ao sabor das demandas sociais existentes.

O direito pós-moderno sinaliza com uma regulação mais sintonizada às demandas concretas que aos modelos teóricos, pugnando por uma concepção mais pluralista de direitos em desfavor de uma busca cega e rígida pela natureza jurídica dos institutos[38]. Impõe-se que um novo direito surja em consonância com as novas necessidades da pós-modernidade, de forma a assegurar uma real concreção de comandos nascidos a partir de verdadeiras demandas. Tudo em prol de uma maior eficácia social do complexo jurídico. Assim, não é surpresa descobrir que a pós-modernidade está a conduzir o direito em uma direção mais humanista, de forma a viabilizar uma interpretação mais subjetiva do ordenamento.

Por tudo isso, resta óbvio que um sistema jurídico tão dissociado da realidade temporal em que se insere, sem estar minimamente conectado ao seu tempo, e que caminha sob uma égide ideológica de outras eras, torna-se inábil para cumprir suas metas de pacificação social e de adequada composição dos interesses da sociedade.

4 CONCLUSÃO

Nossos tempos são, sem dúvida, tempos de crise. O projeto emancipatório da modernidade fracassou. É ainda difícil compreender se o afã utópico da busca pela verdade esta a ganhar mais um controverso (e complexo) capítulo ou se já chegou a seu termo final.

---

35 FARIA, José Eduardo O. C. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Edusp, 1988. p. 18.

36 BITTAR, op. cit., p. 212.

37 GODOY, op. cit., p. 128.

38 CHAVES JÚNIOR, op. cit., p. 33.

No entanto, é forçoso reconhecer a influência que a pós-modernidade tem hoje em todas as áreas do conhecimento humano, qualquer que seja a extensão conceitual ou fenomênica que a ela se atribua. Da mesma forma, é também necessário admitir que a racionalidade moderna trouxe profundos avanços aos seres humanos, não se devendo, pois, desconsiderá-la como se a mesma não houvesse cumprido um relevante papel.

Assim, a superação da razão moderna parece não se identificar necessariamente com uma crítica aos anseios modernistas, com a causa última de sua busca. Por certo, parece que não se trata exatamente de adotar uma postura de absoluta descrença para com a razão modernista, mas apenas de não encampar uma posição de crença absoluta, e de se permitir aceitar que a racionalidade não possui respostas para tudo. Ao cultuar sobremaneira a racionalidade, a modernidade pecou em menosprezar outros elementos que compõem a existência humana e social.

De toda forma, a pós-modernidade é uma realidade latente. É tarefa do direito se fazer inserir da melhor forma possível neste ambiente de hipercomplexidade, a fim de garantir sua própria eficácia. Para cumprir tal desiderato parece não haver outra forma a não ser aproximar-se mais da realidade social vigente, dar mais ouvidos a essa sociedade contemporânea e pós-moderna. Aceitar que a atual realidade paradigmática é um fenômeno novo e incerto deve ser o primeiro passo. Talvez o segundo seja encarar a crise por meio da real concretização dos direitos fundamentais, por vezes tão relegados à pura retórica.

Enfim, quanto mais complexa a sociedade, menor a capacidade de resposta do Estado na medida em que emergem novas forças, novos conflitos, que ultrapassam os limites da capacidade de atuação do Poder Judiciário. Na pós-modernidade a grande questão do Direito é a eficácia. É se fazer concretizar, realizar. Não basta ter direitos, é preciso que eles sejam efetivamente atendidos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. *Revista da Esmape*, Recife, v. 9, n. 19, p. 575-610, janeiro-junho 2004.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *Os paradigmas da pré-modernidade, da modernidade e da pós-modernidade no direito político.* Uma singela reflexão sobre Alexandre Magno, Napoleão Bonaparte e Barack Obama. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1713, 10 mar. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11007>. Acesso em: 10 set. 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 6, p. 233-250, junho-dezembro 1998.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O direito e o diálogo com a pós-modernidade. *Fórum: debates sobre justiça e cidadania*, n. 2, p. 32-33, junho-julho 2002.

FARIA, José Eduardo O. C. *Eficácia jurídica e violência simbólica:* o direito como instrumento de transformação social**.** São Paulo: Edusp, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

GOMES, Fábio. Direito, globalização e pós-modernidade: uma introdução. *Revista Jurídica*, São Paulo, ano 50, n. 302, p. 48-54, dezembro 2002.

GOMES, Fábio Cantizani. Direito, globalização e perspectivas para a pós-modernidade. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, ano 8, n. 14, p. 95-100, janeiro-junho 2005.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos:* o breve século XX, 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 4. ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1996.

PINTO, Júlio Roberto de Souza. A pós-modernidade e o direito. *Revista Jurídica Consulex*, ano 9, n. 203, p. 62-65, junho 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente:* contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE E A TENDÊNCIA DE OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

João Luiz França Barreto
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações preliminares; 2 Modelo brasileiro de controle da constitucionalidade; 3 A tendência de objetivação do controle difuso; 4 Perplexidades; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Verificou-se a possibilidade de convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil, especialmente sob o prisma da introdução no controle difuso dos caracteres próprios do controle concentrado. O tema central é a nova configuração que se apresenta após o advento da Constituição de 1988 no exame e no processamento do recurso extraordinário e dos seus efeitos, relacionando-o com similar aproximação no direito comparado e com as modificações realizadas na legislação e em decisões do Supremo Tribunal Federal. Abordou-se também as dificuldades no cenário brasileiro decorrentes dessa possível convergência e as objeções suscitadas na doutrina sobre a real natureza das modificações introduzidas.
PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade. Direitos Fundamentais. Modelo híbrido. Convergência dos sistemas.

ABSTRACT: We verified the possibility of convergence of the constitutional review systems in Brazil, particularly under the prism of introducing specific elements of concentrated control in the diffuse control. The key theme is the new framework that comes into play after the 1988 Constitution for examining and processing the writ of certiorari and its effects, and relating it to similar approach in comparative law and with the amendments implemented in the legislation and rulings of the Supreme Federal Court. We also address the difficulties in the Brazilian system resulting from this possible convergence and the objections raised in the doctrine regarding the real nature of the amendments implemented.
KEYWORDS: Constitutional review. Fundamental Rights. Hybrid model. Convergence of systems.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade identificar limites e possibilidades de interação dos sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade no âmbito da experiência constitucional brasileira. Examinar-se-á a importância da defesa dos direitos fundamentais e como a convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade reflete uma possível tendência de troca de influências entre a *common law* e a *civil law*. Serão analisados recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal em que foram sensivelmente alterados alguns dos principais caracteres do recurso extraordinário, bem como serão abordadas as inovações constitucionais e legislativas que modificaram os aspectos pertinentes ao controle difuso.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os direitos fundamentais se constituem como tema principal de discussão no constitucionalismo contemporâneo e a sua proteção assume função relevante. Tamanho protagonismo conduz ao que José Joaquim Gomes Canotilho denomina "estado constitucional de direitos fundamentais"[1]. A nova configuração do constitucionalismo tem sido objeto de sofisticadas e novas teorias no âmbito do direito. No Brasil, estas teorias também têm atualmente feito parte do estudo do direito constitucional e, igualmente, da fundamentação da atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal[2].

Esta nova cultura jurídica[3] é caracterizada por diversos traços, todos eles informados pelo objetivo de contribuir para a adequada tutela dos direitos fundamentais. Consoante assinala Luís Roberto Barroso

1 CANOTILHO, Gomes José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1404.

2 Sobre o tema, PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. p. 70. In: *Revista de Infomação Legislativa*. Brasília, v. 42, nº 165, p. 59-76, jan./mar. 2005: "Se, ao menos originariamente, o papel arbitral da Corte ou Tribunal constitucional prevalecia claramente sobre a jurisdição das liberdades, hoje isso ainda resta importante, mas a progressiva incorporação nas Constituições de cartas de direitos cada vez mais extensos, a necessidade de fazer operante o princípio de igualdade, a exigência de pesar e repesar os valores conflitantes que pouco a pouco modificam a sensibilidade do corpo social na sua própria consideração tornaram cada vez mais agressiva uma jurisprudência constitucional que, estimulada pelos questionamentos dos cidadãos, tem sempre posto a tutela dos direitos no centro da própria atividade."

3 *Cf.* PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003. p. 101, *apud* RUFINO, André. Aspectos do Neoconstitucionalismo. p. 136. In: *Revista Direito Público*, São Paulo, nº 14, IOB Editora, p. 136-147, out-dez/2006.

sobre esta concepção, com a "superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito"[4]. Em seguida, o professor aponta o pós-positivismo como marco filosófico do novo direito constitucional:

> O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formatação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.[5]

A virada kantiana[6] é representativa para a nova fase do direito constitucional. Ela consubstancia a idéia de uma reaproximação entre a ética e o direito, o que veio a resultar na consagração dos direitos fundamentais como a grande influência para todo o ordenamento jurídico. Ainda segundo Barroso, três grandes transformações influenciaram o neoconstitucionalismo:

I) o reconhecimento de força normativa à Constituição;

II) a expansão da jurisdição constitucional; e

III) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

---

4 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). p. 31. *In*: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 28, nº 60, p. 27-65, jul.-dez. 2004.

5 BARROSO. 2004, p. 31.

6 *Cf.* BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. p. 46. *In*: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, 29/2000, Malheiros , p. 31-57; e *cf.* TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 114-115.

A força normativa da Constituição pode ser entendida como um fator de prestígio das normas nela inseridas. As normas constitucionais não devem mais ser desconsideradas do campo jurídico, sob o pretexto de se situarem exclusivamente no campo político e possuírem significação apenas programática. Assim, o conteúdo inserido na carta constitucional, ao mesmo tempo em que congrega questões políticas, também encerra questões jurídicas. E assim elas não podem ter sua eficácia obstada seja pelo legislador, seja pelo administrador. A Constituição não pode mais ser enfocada como simples enumeração de princípios políticos e morais destinados a orientar o legislador ordinário, como se fosse um mero documento de referência política de interpretação das leis. A direta exigibilidade jurídica das normas constitucionais não depende de uma posterior atuação legislativa. Esta efetividade se ressalta ainda mais, chegando a ser plena, quando envolver direitos fundamentais e liberdades públicas.

A expansão da jurisdição constitucional se verificou com a instituição do controle de constitucionalidade. A nova interpretação constitucional é formada por um conjunto de critérios, os quais ultrapassam as noções da interpretação jurídica tradicional. Apesar das normas constitucionais se configurarem como normas jurídicas, recebem um tratamento hermenêutico diferenciado, que não se limita às clássicas regras de interpretação do direito, comumentemente utilizadas no âmbito do direito civil. Há diferenciação no tratamento, notadamente, em razão da adoção das cláusulas abertas e da incidência de normatividade aos princípios. Em ambos os casos, tanto nas cláusulas abertas, como nos princípios, a atuação do intérprete constitucional será determinante para a efetividade da norma constitucional.

Pode-se sintetizar da seguinte forma o acima exposto, consoante as transformações mencionadas por Barroso[7]: a efetividade das normas constitucionais será garantida por meio da jurisdição constitucional, a qual, por sua vez, dependerá primordialmente da atuação do intérprete. Nessa síntese estão presentes os marcos teóricos da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e da nova interpretação constitucional, os quais formam o conjunto de transformações que norteiam a nova aplicação do direito constitucional.

A proteção dos direitos fundamentais se evidencia neste contexto em razão do fenômeno da constitucionalização do direito, o qual guarda direta relação com o reconhecimento da força normativa

7 *Cf.* BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.* Porto Alegre, v. 28, nº 60, p. 27-65, jul.-dez. 2004.

da Constituição, com a expansão da jurisdição constitucional e com a nova interpretação constitucional. No quadro do constitucionalismo contemporâneo, os princípios constitucionais ostentam preponderância normativa e exercem influência axiológica sobre todo o ordenamento jurídico. Em conseqüência, os direitos fundamentais se espraiam pelos diversos ramos do direito, juspublicistas ou jusprivatistas, e traduzem uma ordem objetiva de valores[8].

Os direitos fundamentais já não se limitam tão-somente a uma dimensão puramente individual, emergindo a partir deles a denominada ordem objetiva de valores[9], para servir como base axiológica de todo o sistema jurídico[10]. Os direitos fundamentais exercem um efeito irradiante sobre todo o sistema jurídico. Importante marco dessa nova concepção, senão mesmo a sua consagração, foi o caso *Lüth*, no qual o presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo convocou a população alemã a boicotar, já após o fim da II Grande Guerra, um novo filme de Veit Harlan, que anteriormente havia sido um destacado diretor do cinema nazista. A Justiça local de Hamburgo determinou a cessação do boicote em razão dos danos causados aos produtores do filme, ordenando em conseqüência o dever de indenizá-los. Após recurso, a Corte Constitucional Federal Alemã decidiu permitir a incitação ao boicote feita por Erich Lüth, por entender que estava ele sob a garantia da liberdade de expressão.

Uma das facetas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais revela-se na eficácia desses direitos na esfera privada, no âmbito das relações entre particulares, designada por eficácia horizontal dos

8 Sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*. p. 39-40: "A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito exapansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas. [...] Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais."

9 Sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 41: "O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais."

10 Sobre o tema, MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 153: "Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático."

direitos fundamentais. Na jurisprudência do STF já se colhem alguns exemplos deste fenômeno, como em julgado consignando que "os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados"[11].

Vê-se, pois, que os direitos constitucionais devem ser aplicados não como meras normas programáticas, possuindo eficácia direta e estendendo sua incidência inclusive para as relações privadas, o que, a seu turno, requer, para sua efetiva garantia, a expansão da jurisdição e da interpretação constitucionais. A tutela dos direitos fundamentais se faz especialmente com o controle de constitucionalidade das leis, por meio do qual se revela a supremacia da Constituição sobre as eventuais atuações legislativas que venham atentar contra os direitos afirmados na Lei Maior[12].

2 MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em nossa primeira Constituição (1824) e ainda na monarquia, não se instituiu um controle judicial de constitucionalidade, sendo conferida a incumbência para tanto ao Poder Legislativo. Revela-se então as influências inglesa e francesa, sob os dogmas da vontade geral, decorrente do princípio da legalidade, e da supremacia do Parlamento. Com o advento da República, instituiu-se, com o Decreto n° 510, de 22 de junho de 1890, a fiscalização pelo Poder Judiciário, sob a denominação de recurso extraordinário, dos atos de governos dos Estados-membros contestados em face da Constituição Federal. A primeira Constituição republicana, em 1891, sob intensa influência do direito norte-americano, incumbiu ao Supremo Tribunal Federal - STF, recém-criado, o exame final da constitucionalidade. Contudo, permaneceu a competência do Poder Legislativo como guardião da Constituição e das leis. Não havia neste sistema difuso algum instituto para uniformizar as decisões.

Com a Constituição de 1934 implantou-se a competência do Senado Federal para determinar a suspensão da execução de lei declarada

11 RE 201.819/RJ, relator p/ acórdão min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 27/10/2006, p. 64.

12 Sobre o tema, BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 224: "A jurisdição constitucional, é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção é a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional."

inconstitucional pelo STF. Com esse novo instituto passou a ser possível a eficácia *erga omnes* das decisões tomadas em controle difuso. Outras inovações da Carta de 1934 foram a introdução da forma de controle concentrado, com a criação da ação interventiva para assegurar a observância dos princípios sensíveis, e a instituição da cláusula da reserva de plenário (*full bench*). Na Constituição de 1937 manteve-se os institutos da Carta anterior, acrescentando, contudo, a possibilidade do Poder Legislativo, após proposta do Presidente da República, convalidar as leis que tenham sido declaradas inconstitucionais, ficando sem efeito a decisão do STF. A Constituição de 1946 eliminou esta possibilidade de convalidação de leis declaradas inconstitucionais, voltando ao quadro existente na Carta de 1934.

A Emenda Constitucional n° 16, em 1965, implanta a representação de constitucionalidade perante o STF, a ser proposta com legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República. Nas Constituições de 1967 e de 1969 permanece a estrutura antes vigente, com acréscimos apenas laterais, mas sem qualquer alteração substancial no quadro de fiscalização da constitucionalidade das leis[13]. A Constituição de 1988 veio ampliar de maneira significativa o rol de legitimados a acionar o controle concentrado de constitucionalidade, bem como aumentou-se o número de instrumentos deste sistema de controle. Foram acrescentadas ao controle concentrado a ação direta de constitucionalidade - ADC, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADI e a arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF. Todas estas novidades tiveram por força matriz a garantia da supremacia da Constituição, para tornar eficazes os seus mandamentos.

O controle de constitucionalidade brasileiro caracteriza-se atualmente pela adoção do chamado modelo híbrido. Desde a primeira Constituição republicana, em 1891, e atravessando todas as seguintes constituições, o controle difuso de constitucionalidade sempre recebeu previsão em nosso ordenamento. Somente em 1965, com a emenda Constitucional nº 16, veio a se criar o controle de constitucionalidade concentrado. Neste último quadro, porém, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade sempre foi permitida somente ao Procurador-Geral da República, o qual detinha poder de decisão absolutamente discricionário para intentá-la. Esta fórmula terminava por restringir o alcance e o papel desempenhado pelo controle concentrado no sistema brasileiro. No quadro da Constituição de 1988

13 Sobre o histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008; e CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

há uma maior ênfase no papel do controle concentrado, redimensionado o equilíbrio de co-existência dos sistemas difuso e concentrado, a permitir a transmudação da predominância entre eles, do primeiro para o segundo.

Nesse modelo híbrido são acolhidas as vantagens e as desvantagens do controle concentrado e do controle difuso. Se no controle concentrado prima-se pela segurança jurídica, ao privilegiar um único e definitivo pronunciamento a respeito da questão constitucional, no controle difuso tem-se a possibilidade do próprio interessado suscitar o debate, sob o prisma de uma contenda específica e das conseqüências que então surgem em decorrência da veiculada inconstitucionalidade. No campo das desvantagens, vê-se que no controle concentrado o seu acesso é restrito, podendo deixar indefeso o cidadão contra os excessos do Estado, ao passo que no controle difuso dá-se ensejo à divergência de decisões sobre um mesmo tema, o que, conforme aduz Bruno Noura de Moraes Rêgo[14], em análise do pensamento de Marcelo Neves, pode causar o enfraquecimento da supremacia constitucional. Se há críticas à essa superposição dos dois modelos distintos, de outro lado não faltam encômios ao modelo híbrido adotado no Brasil[15].

O resultado da co-existência de características do sistema europeu-kelseniano e do sistema norte-americano trouxe vários ganhos à jurisdição constitucional brasileira. Entretanto, vários desafios se postaram à frente. Como na expressão cunhada pelo ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento da ADC n° 1/DF (DJ 16-06-1995), há uma permanente tensão dialética entre os dois sistemas. Bruno Noura aborda essa tensão dialética, citando a existência de vários temas que foram simultaneamente apreciados em recurso extraordinário e em ação direta de inconstitucionalidade[16].

---

14 *Cf.* RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação Rescisória e a retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 279.

15 Sobre o tema, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Reforma do Judiciário*. Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD. UFMG, n° 12, maio/2000, *apud* VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. O Supremo Tribunal Federal após 1988: Em direção a uma Corte Constitucional. p. 194-195. *In*: *15 Anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 191-202: "O Brasil tem hoje um dos sistemas de controle de constitucionalidade e de jurisdição constitucional mais sofisticados e democráticos do mundo, juntando a herança européia de controle concentrado hoje bastante questionável e a herança norte-americana de controle difuso e jurisdição constitucional difusa."

16 Sobre o tema, RÊGO, op. cit., p. 340-342: "Os choques entre os dois sistemas ocorrem porque uma mesma questão constitucional pode ser examinada tanto no difuso quanto no concentrado, isto é, difuso e concentrado são dois planos distintos que eventualmente têm pontos semelhantes. Nestes pontos semelhantes – questões constitucionais que podem ser apreciadas pelos dois – dá-se o choque. É preciso notar que os modelos de controle difuso e concentrado são dois modelos paralelos e, entre eles, há pontos em comum: as questões constitucionais. Apesar das suas diversas diferenças, a doutrina atual reconhece

Sublinhe-se que na tramitação simultânea de uma ação direta de inconstitucionalidade e de um recurso extraordinário que possuam o mesmo objeto e a mesma fundamentação, deverá ser julgada em primeiro lugar a ADI, justamente em razão da maior e ampla extensão dos efeitos da sua decisão, conforme restou assentado na Questão de Ordem no Agravo Regimental nº 2.066/SP[17]. Esta primazia revela a ênfase que passou a merecer o controle concentrado, quando antes esta recaía sobre o controle difuso, e também a funcionalidade da amplitude de efeitos *erga omnes* nas decisões em controle de constitucionalidade.

No processo objetivo, a questão constitucional não se perfilha como mera questão prejudicial, mas como questão principal, suscitada sob o prisma de atos em tese, os quais caracterizam-se pela generalidade, impessoalidade e abstração. No processo subjetivo, a inconstitucionalidade que porventura seja reconhecida é pressuposto para o julgamento de uma situação jurídica específica, ou seja, volta-se para os atos de efeitos concretos, definidos com maior determinação e precisão. Não está a salvo de críticas a combinação, dentro do modelo híbrido de controle de constitucionalidade, dos dogmas estanques de cada um dos sistemas (difuso e concentrado). No direito norte-americano, ainda que os julgamentos de questões constitucionais não examinem teses, possuem, ainda assim, o poder de se fazer observar pelos demais órgãos judiciais em vista do instituto do *stare decisis*[18]. No caso brasileiro, porém, percebe-se a presença de argumento tradicional de que em nosso controle difuso o pronunciamento emanado do STF não se constitui em uma teoria, mas apenas em decisão judicial, de modo

que, cada vez mais, o difuso caminha para o concentrado, vice-versa. Razão, por si só, suficiente a justificar que, nos sistemas mistos, se encontrem soluções adequadas para a harmonia dos dois modelos de controle. [...] Pode ocorrer de o STF estar julgando um recurso extraordinário sobre determinada matéria, quando há ação direta de inconstitucionalidade sobre a mesma matéria. Pode ocorrer, como efetivamente ocorreu, que o STF primeiro julgue em sede de controle difuso. [...] Em matéria tributária, cumpre recordar que havia ações diretas de inconstitucionalidade impugnando o FINSOCIAL (ADIn 24 e 39), a contribuição ao PIS (ADIn 7, 9 e 40) e a Contribuição Social sobre o Lucro (ADIn 15, 42, 43, 57 e 79). Todavia, estas questões tributárias restaram dirimidas em recursos extraordinários, a saber: FINSOCIAL (RE 150.755, RE 150.764 e RE 187.436), contribuição ao PIS (RE 148.754) e Contribuição Social sobre o Lucro (RE 138.284 e RE 146.733)."

17 Pet-AgR-QO 2066/SP, relator p/ acórdão min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 28-02-2003, p. 07. Ementa: "Controle de constitucionalidade de lei: convivência dos sistemas no Supremo Tribunal Federal. no STF - que acumula o monopólio do controle concentrado e direto da constitucionalidade de normas federais e estaduais com a função de órgão de cúpula do sistema paralelo de controle difuso, é de sustar-se a decisão da argüição incidente de ilegitimidade constitucional do mesmo ato normativo pendente da decisão do pedido de medida cautelar em ação direta."

18 Sobre o tema da doutrina do stare decisis, COLE, Charles D. Precedente Judicial – A Experiência Americana. In: *Revista de Processo*, São Paulo, nº 92, p. 70-86, out-dez 1998.

a impossibilitar desde logo sua eficácia *erga omnes*.

Jorge Miranda diz que a fiscalização difusa, apesar de constituir inegável salvaguarda potencial da constitucionalidade, só adquire total autenticidade e efetividade em sistemas judiciais como os anglo-saxônicos[19]. Ainda ressalva que mesmo no direito anglo-saxão ocorrem fenômenos próximos da concentração, o que se daria "através da prevalência dos supremos tribunais e da sua especial ou dominante ocupação com questões de constitucionalidade"[20]. Dada a importância do controle difuso, não se pode, em virtude da insegurança jurídica, deixar cair em descrédito as decisões que nele são proferidas, justamente porque mais próximas da realidade prática que atinge os interessados. Adotou-se em nosso país, a partir da Constituição de 1934, a fórmula da edição de resolução pelo Senado Federal como mecanismo de homogeneização das decisões em controle difuso, eis que, desde a implementação deste controle, pela Constituição de 1891, nada havia para evitar as conseqüências indesejáveis de decisões discrepantes. Também como fundamento para a atuação do Senado havia a manutenção de equilíbrio do princípio constitucional da separação dos poderes. Funcionava o Senado como órgão coordenador dos Poderes, tal como expressamente o qualificava a Constituição de 1934[21], para evitar um superdimensionamento do Poder Judiciário, controlando-se, assim, o que seria denominado de governo de juízes. Contudo, mesmo essa edição de resolução pelo Senado não é suficiente atualmente em nossa dinâmica jurídica e social. Acrescente-se que hoje não mais o Senado é qualificado na Constituição como órgão coordenador de Poderes, nem tampouco o dogma da separação de poderes subsite tal qual se punha na primeira metade do século XX[22], restando consolidado o controle de

19 Cf. MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. p. 93. In*: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 91-104.

20 MIRANDA, Jorge. *Ibidem*. p. 93.

21 Sobre o tema, MOREIRA REIS, Palhares. Estudos de Direito Constitucional e de Direito Administrativo. v. IV, Recife: Editora Universitária – UFPE, 2003. p. 170, *apud* AGRA, Walber de Moura. *Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 56: "Não era ademais, a Corte Suprema do Poder Judiciário quem suspendia a execução da lei, mas o órgão de Coordenação dos Poderes, garantida, portanto, a tese da independência e harmonia dos Poderes da União, sem falar no especial efeito político de suspender a execução de uma lei regularmente aprovada pelo Poder Legislativo."

22 Sobre o tema, BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. p. 77-78. *In*: *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*. São Paulo, v. 7, 2003. p. 77-101: "A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede à época da separação dos poderes. Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a forma legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade."

constitucionalidade como de natureza predominantemente jurisdicional, bem como ainda se deve destacar que o instituto da resolução senatorial foi implantado quando vigente, com exclusividade, apenas o sistema de controle difuso, inexistindo a hodierna convivência com formas de controle concentrado.

A idéia da supremacia do texto constitucional, seja na construção norte-americana originada no caso *Marbury versus Madison*, seja na teoria do escalonamento concebida por Hans Kelsen, consolidou o dever da Justiça em negar a aplicação das leis inconstitucionais[23]. E seja qual for o sistema de controle empregado, difuso ou concentrado, a aferição da inconstitucionalidade de leis situa-se no plano abstrato, como defendem Gilmar Mendes[24], Teori Albino Zavascki[25] e Eduardo Appio[26].

23 Sobre os caracteres dos sistemas norte-americano e europeu, CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

24 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:* estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 245-246: "Convém ressaltar que a distinção consagrada na doutrina entre os controles abstrato e concreto, ou entre controle por via de ação e controle por via de exceção, não tem a relevância teórica que, normalmente, se lhe atribui. Nos modelos concentrados, a diferenciação entre controle concentrado e abstrato assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade (Zulässigkeitsvoraussetzungen). O controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta, constituindo a relevância da decisão (Entscheidungserheblichkeit) pressuposto de admissibilidade. O chamado controle abstrato, por seu turno, não está vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer outro evento do cotidiano (Lebensvorgang). Schlaich ressalta a equivocidade desses conceitos, porquanto o controle realizado, a decisão proferida e as conseqüências jurídicas são verdadeiramente abstratas, na medida em que se processam independentemente do feito originário. Em outros termos, o controle e o julgamento levados a efeito pelo tribunal, estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo, por isso, conseqüências jurídicas idênticas."

25 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 26: "Sabe-se, com efeito, que as sentenças proferidas na jurisdição dos casos concretos têm força vinculante limitada às partes. Nesses casos, a certificação judicial da existência ou inexistência do direito questionado tem eficácia subjetiva limitada aos figurantes da relação processual. Não beneficia nem prejudica terceiros. Todavia, se, para chegar à conclusão a que chegou, o julgador tiver feito um juízo – positivo ou negativo – a respeito da validade de uma norma, essa decisão ganha contornos juridicamente diferenciados, em face dos princípios constitucionais que pode envolver. É que os preceitos normativos têm, por natureza, a característica da generalidade, isto é, não se destinam a regular específicos casos concretos, mas, sim, estabelecer um comando abstrato aplicável a um conjunto indefinido de situações. Quando, portanto, se questiona a legitimidade desse preceito, ainda que no julgamento de um caso concreto, o que se faz é pôr em cheque também a sua aptidão para incidir em todas as demais situações semelhantes. Essa peculiariedade é especialmente relevante se considerada em face do princípio da igualdade perante a lei, de cuja variada densidade normativa se extrai primordialmente a da necessidade de conferir um tratamento jurisdicional igual para as situações iguais. É também importante em face do princípio da segurança jurídica, que estaria fatalmente comprometido se a mesma lei pudesse ser julgada constitucional num caso e inconstitucional em outro, dependendo do juiz que a aprecia."

26 APPIO, Eduardo. A teoria da inconstitucionalidade induzida. p. 74-75. In: *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, nº 35, p. 70-79, jan/mar. 2005: "O controle é feito no caso concreto, mas a partir de considerações de ordem abstrata e objetiva, em face das quais as condições peculiares das partes

3 A TENDÊNCIA DE OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

São vários os exemplos na atual jurisprudência sobre movimentos no sentido da objetivação (ou abstração) do controle difuso. Passa-se a citá-los com vistas a retratar que a alteração nas decisões a ele referente ilustra uma nova tendência do modelo híbrido pátrio. Primeiramente, nos recursos extraordinários n° 298.694/SP (DJ 23-04-2004) e n° 300.020/SP (DJ 24-10-2003), ambos da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, foi admitido o exame dos apelos excepcionais com base em fundamentos diversos daqueles deduzidos pelos recorrentes. Assim, reconheceu-se também no controle difuso a existência da chamada *causa de pedir aberta*, tal como se verifica no controle concentrado. Desta forma, poderá o STF examinar em recurso extraordinário a questão constitucional controvertida à luz de novos fundamentos que não tenham sido considerados na decisão recorrida ou nem mesmo suscitados pelo recorrente. A defesa de interesses subjetivos cede lugar ao interesse maior de proteção do sistema jurídico constitucional.

No agravo regimental n° 375.011/RS (DJ 28-10-2004) admitiu-se a flexibilização na imposição do requisito do prequestionamento para o conhecimento do recurso extraordinário. Nesta decisão da 2ª turma do STF, a relatora ministra Ellen Gracie justificou essa flexibilização para valorizar as manifestações do tribunal como intérprete último da Constituição e evitar o comprometimento da força normativa da Constituição e dos princípios da segurança jurídica e da isonomia. Vê-se que há certa ligação entre esta última decisão, em que se prescindiu do atendimento ao prequestionamento, e as acima mencionadas, em que se considerou que é aberta a causa de pedir do recurso extraordinário. A causa de pedir aberta implica na flexibilização do prequestionamento, o qual cada vez mais vem sendo apontado como anômalo e questionável pressuposto de exame do recurso extraordinário. Esses dois novos caracteres – o da causa de pedir aberta e o da prescindibilidade de

em nada interferem na decisão judicial. A lei deixará de ser aplicada pelo juiz singular caso se apresente (objetivamente) incompatível com a Constituição. Desta maneira, invalida-se uma solução legislativa que se mostra objetivamente incompatível com a Constituição, não porque aplicada no caso concreto conduz a uma afronta para com a Constituição, mas sim porque, examinada no plano político-abstrato, contraria decisões do constituinte. O controle é, portanto, sempre abstrato, o que muda de um sistema para outro é a forma como a questão chega até a mais alta Corte do país. Prova disto é que o controle (concreto) feito pela Suprema Corte dos Estados Unidos é idêntico ao controle feito pelo juiz singular, mas em ambos os casos a decisão é resultado de uma atividade política, tradicionalmente fundada na idéia de um tratamento isonômico a todos os cidadãos. [...] As considerações de ordem subjetiva, fundadas nas peculiaridades do caso concreto e na situação particular das partes envolvidas no litígio se situam no plano da aplicação da lei e não no plano do controle de constitucionalidade."

prequestionamento – apontam na direção da aproximação entre os sistemas difuso e concentrado de controle da constitucionalidade.

Nos julgamentos do recurso extraordinário nº 197.917/SP (DJ 07-05-2004) e do agravo de instrumento nº 582.280/RJ (DJ 06-11-2006) o STF utilizou a modulação dos efeitos da decisão prolatada em controle difuso, tal como a Lei nº 9.868/99 permite que seja feito no controle concentrado. O excepcional interesse público decorrente do princípio constitucional da segurança jurídica (ou de outro princípio constitucional) permite que também no controle difuso afaste-se a regra geral da nulidade da lei inconstitucional e reconheça-se efeitos prospectivos em cada caso específico. No *habeas corpus* nº 82.959/SP (DJ 01-09-2006) foi debatida justamente a aproximação entre o controle difuso e o controle concentrado, sob o prisma da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. No voto do ministro Gilmar Mendes estão contidos os argumentos em favor da introdução desse mecanismo também no controle difuso, o que vem em reforço à tendência de conformar o recurso extraordinário a uma até então desconhecida natureza objetiva.

Outro relevante julgamento, este ainda não concluído, é o da reclamação n° 4.335/AC. Discute-se neste processo a utilização da reclamação constitucional para fazer valer a autoridade das decisões, definitivas ou cautelares, proferidas pelo Pleno do STF em sede de controle difuso e, assim, reconhecer eficácia *erga omnes* a estas decisões, independentemente da edição de resolução pelo Senado. No voto do relator, ministro Gilmar Mendes, considerou-se ter ocorrido mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição, entendendo que a eficácia *erga omnes* das decisões em controle difuso já não mais requer a prévia resolução do Senado Federal, a qual passaria a ostentar tão-somente o caráter de publicação das decisões exaradas pelo STF. Após ter sido acompanhado pelo voto do ministro Eros Grau, o qual também reconheceu a mutação constitucional na intepretação do artigo 52, inciso X, abriu-se divergência com os votos dos ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. Em seguida houve o pedido de vistas pelo ministro Ricardo Lewandowski.

Além de precedentes do STF, diversas inovações legislativas também vêm construindo pontes na convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade. O parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 9.756/98, excepciona a regra da reserva de plenário (*full bench*) inscrita no artigo 97 da Constituição. Este novo dispositivo autoriza a dispensa do pronunciamento da maioria absoluta do plenário dos tribunais, nos casos em que se pronuncia a inconstitucionalidade de normas, se já houver

anterior manifestação do plenário do STF pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de um preceito, ficando os órgãos fracionários vinculados a este precedente. Prestigia-se, assim, a um só tempo, as decisões do STF em controle incidental e os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica.

Também a alteração pela Lei nº 9.756/98 da redação do artigo 557, *caput*, e do seu parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, demonstra o reforço da invocação da jurisprudência do STF. Isto porque tais dispositivos permitem o julgamento monocrático pelo relator para conceder ou negar provimento aos recursos, conforme estejam em consonância ou em confronto com a jurisprudência do STF.

Importante passo nesse processo de transformações ocorreu com a Lei n° 10.259/2001, que no seu artigo 14, parágrafos 4° a 9°, estabelece o procedimento para julgamento do recurso extraordinário em face das decisões das turmas recursais dos juizados especiais federais. Nestes dispositivos estão previstas a intervenção de terceiros na discussão da tese, a eficácia vinculante da decisão do STF para as turmas recursais e, ainda, a concessão de medida cautelar para sustar o processamento de idênticos recursos até que o STF examine o *leading case*. Estas inovações, como se verá adiante, foram posteriormente replicadas para o controle difuso exercido no âmbito do procedimento ordinário.

O parágrafo 3° do artigo 475 do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 10.352/2001, excepciona o reexame necessário contra as decisões exaradas desfavoravelmente à Fazenda Pública, se estas têm por fundamento a jurisprudência do Pleno do STF, ainda que não esteja sumulada. Novamente constata-se o prestígio que as decisões do Pleno do STF vêm merecendo cada vez mais. Adicione-se, ainda, a modificação operada pela Lei n° 11.232/2005 no parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil para fazer constar do conceito de inexigibilidade do título executivo judicial aquele que se fundar em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição.

A Emenda Constitucional n° 45/2004 veio a criar o instituto da súmula vinculante. Esta será decorrente da decisão de 2/3 do Pleno do STF, a partir de reiteradas decisões tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. A súmula vinculante terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, igualando-se ao controle concentrado, quantos aos aspectos modais. A Emenda Constitucional n° 45 também inovou ao criar o requisito da repercussão geral para a apreciação do recurso extraordinário pelo STF. Deverá, de agora em diante, o recorrente demonstrar em sua peça recursal a repercussão geral das questões

constitucionais debatidas no caso para que, por votação de dois terços da composição do STF, seja admitido o apelo extremo. A comprovação da repercussão geral é a imposição de uma filtragem qualitativa para a apreciação do recurso extraordinário. Há um refinamento na admissibilidade do recurso extraordinário, gradativamente deixando-se de lado a ausência de prequestionamento ou a presença de reexame de fatos ou provas, para deslocar-se para a relevância da questão constitucional em debate. Na acepção dada por Rogério Ives Braghittoni, os filtros tradicionais dão lugar aos filtros qualitativos[27].

Todas estas modificações podem ser qualificadas como decorrência do que Teori Albino Zavascki denomina de eficácia reflexa ou eficácia anexa das decisões do STF em matéria constitucional[28]. Zavascki adverte que a ausência de força de precedente aos julgamentos proferidos em controle difuso resulta no enfraquecimento dos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. Lembra ainda que Rui Barbosa, em seus comentários à primeira Constituição da República, sustentava a introdução do *stare decisis* para as decisões do STF sobre inconstitucionalidade, no que foi posteriormente seguido por José Castro Nunes e por Lúcio Bittencourt. O doutrinador assevera sobre a imanente força de precedente que exercem as decisões tomadas em controle difuso:

> A existência de pronunciamento do Supremo sobre matéria constitucional acarreta, no âmbito interno dos demais tribunais, a dispensabilidade da instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC, art. 481, parágrafo único), de modo que os órgãos fracionários ficam, desde logo, submetidos, em suas decisões, à orientação traçada pelo STF. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso. Nisso reside a justificação para se deixar de aplicar, na seara constitucional, o parâmetro negativo da Súmula 343, substituindo-se pelo parâmetro positivo da autoridade do precedente. E a consequência prática disso é que, independentemente de haver divergência jurisprudencial sobre o tema, o enunciado da Súmula 343 não será empecilho ao

27 *Cf.* BRAGHITTONI, Rogério Ives. *Recurso Extraordinário – Uma Análise do Acesso do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 42-45.

28 ZAVASCKI, op. cit., p. 30-31: "Reflexa, porque transmite ("reflete") efeitos para além do caso julgado, com consequências, ainda que indiretas, em outras situações jurídicas e em relação a outras pessoas, que não as vinculadas à relação processual originária. E anexa, porque se trata de eficácia automática da decisão do STF, que se opera independentemente de provocação ou de manifestação da Corte a respeito dela."

> cabimento da ação rescisória (juízo de admissibilidade). Mais que cabível, é procedente, por violar a Constituição, o pedido de rescisão da sentença (juízo rescindente), sendo que o novo julgamento da causa (juízo rescisório), como corolário e necessário, terá de se ajustar ao pronunciamento da Corte Suprema. [...] Com efeito, ao julgar a rescisória não se está executando o acórdão proferido em controle difuso. O que se faz é acolher a orientação nele adotada pelo Supremo, cuja autoridade não decorre da circunstância de ser anterior à sentença rescindenda, mas de se tratar de pronunciamento do guardião da Constituição, o que, por si só, determina seja acolhido em qualquer futuro julgamento, inclusive nos de ações rescisórias. Pela mesma razão, não vem ao caso saber se a norma eventualmente tida por inconstitucional pelo precedente do Supremo teve ou não sua execução suspensa pelo Senado. Se foi suspensa, haverá aí apenas uma razão a mais para acolher o precedente do STF, já que a suspensão pelo Senado tem eficácia *erga omnes* e, segundo orientação predominante, *ex tunc*.[29]

O STF em sua função de guardião da Constituição e, ao mesmo tempo, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, não pode ter bifurcada a sua atuação quanto à autoridade das suas decisões, seja se elas ocorrem em casos concretos ou seja se elas emergem de processos objetivos. Há o interesse maior na preservação da constitucionalidade objetiva, seja ela averigüada em controle abstrato ou mesmo concreto.

O sensível deslocamento da ênfase em nosso modelo híbrido, saindo do controle difuso para o controle concentrado, inevitavelmente implica em repercussões na convivência entre os dois modelos. Partiu-se de um quadro de inexistência da fiscalização de constitucionalidade para então adotar-se com exclusividade o controle difuso e, posteriormente, introduzir ao lado deste o controle concentrado, porém de forma limitada, quase contida. O panorama altera-se mais uma vez com a Carta Política de 1988, quando a ênfase do modelo híbrido brasileiro passa do controle difuso para o controle concentrado. Mas ainda que não mais prepondere neste novo balanceamento entre os dois modelos, não resulta esta alteração de ênfase na descenessidade do controle difuso, frente à expansão do controle concentrado[30]. Não resulta, pois,

---

29 ZAVASCKI, op. cit., p. 135-136.

30 Sobre o tema, AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 53-54: "A importância do controle difuso não decorre de reminiscências históricas no Brasil. Ele se constitui na garantia constitucional de acesso mais fácil à cidadania e no meio mais eficaz de concretização dos direitos fundamentais. De forma alguma se pode pensar em suprimí-lo, mas remodelá-lo para se adequar às novas exigências da sociedade atual. Pela maior participação das partes no controle difuso, sua legitimidade procedimental sofre forte incremento, acrescido do fato de que como qualquer

na diminuição de importância do controle difuso, o qual permanece essencial e imprescindível. Contudo, nesta mudança de ênfase do modelo híbrido, surge a problematicidade do sistema difuso adotado no Brasil ser desprovido de instituto semelhante ao *stare decisis* americano[31]. Como diz Francisco Fernández Segado, o sistema difuso é característico dos países pertencentes à tradição da *common law*[32]. Porém, seu modelo foi transposto para países de tradição romano-germânica, como o Brasil.

A chamada objetivação do controle difuso é verificada em razão da utilização de instrumentos que até então eram característicos do controle concentrado. Diante da nova magnitude que assumiu o controle concentrado em nosso modelo híbrido, os instrumentos jurídicos nele empregados passaram a ser adaptados ao controle difuso. Antes, porém, pode-se apontar que são duas as aproximações entre sistemas diferentes entre si. Ocorre entre o sistema da *civil law* e o da *common law* e também ocorre entre o sistema concentrado de controle da constitucionalidade e o sistema difuso de controle da constitucionalidade.

Dois modelos servem como bifurcação nos sistemas jurídicos de grande parte dos países: o *common law*, de origem anglo-saxã, e o *civil law*, de origem romano-germânico (ou continental). A distinção básica entre os dois sistemas reside na ausência/presença de normas positivadas e na regulamentação de litígios diretamente pelo Poder Judiciário, sem a mediação de normas. O *common law* é um sistema que se constrói através dos chamados precedentes. Estes precedentes jurídicos são consolidados no decorrer do tempo. Tem a peculiaridade de não serem produzidos através de normas editadas por legisladores, mas sim por juízes (*judges made law*), sendo, por isso, conhecido também como direito não-escrito. O termo *common law* decorreria da produção do direito a partir do senso comum da sociedade, comportando também a significação de direito consuetudinário, pois é originado a partir dos usos e costumes. De outro lado, o *civil law* deriva do direito romano, o qual se baseia em leis escritas e codificadas. Neste sistema, os juízes têm

instância pode decidir a respeito, seu caráter dialógico – aberto - é muito maior. Por outro lado, como todo cidadão que sofre uma lesão tem competência para impetrar esse tipo de controle, ele se configura como um instrumento imprescindível para a concretização dos mandamentos constitucionais."

31 *Cf.* AGRA, op. cit., p. 80-82.

32 *Cf.* SEGADO, Francisco Fernández. La Justicia constitucional ante el siglo XXI : la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. p. 168. In: *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, nº 4, p. 143-208, jul.-dez. 2004.

o dever de aplicar as normas produzidas por legisladores, não podendo resolver os litígios fora do âmbito de aplicação daquelas[33].

Observa-se ultimamente a troca de influências entre estes dois sistemas, com o referencial de cada um deles vindo a condicionar cada vez mais o outro, o que significaria uma convergência entre eles. Nos países de *common law* vem-se editando leis mais freqüentemente, em um processo crescente. Nos países que adotam a *civil law* também se verifica a inflexão da *common law*[34]. No Brasil, especificamente, esta inflexão tem como marco a Emenda Constitucional nº 45, na qual houve a instituição da súmula vinculante. Estas poderão ser editadas unicamente pelo STF e funcionarão como precedentes jurídicos de efeito vinculante a todos órgãos judiciais e órgãos administrativos. Seu advento, por certo, significa o reconhecimento da força criativa da jurisprudência em nosso direito de matriz romano-germânica[35].

No direito comparado vem se observando também a contínua e progressiva hibridação dos sistemas de controle de constitucionalidade, que antes se contrapunham. Os sistemas que sempre foram classificados como antagônicos, agora, se não se misturam, têm ao menos superposições de suas características que antes eram exclusivas

33 Sobre as diferenças entre os sistemas, SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 39: "enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, na *Common Law* o caminho é inverso: primeiro os cases e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita. Na verdade, tal atitude reflete a mentalidade de que o *case law* é a regra e o *statute law* é o direito de exceção, portanto integrativo. Nesse particular, a diferença entre o Direito inglês e o norte-americano é fundamental: a Inglaterra, que consideramos uma *Common Law* mais pura, desconhece a primazia de uma constituição escrita e que se coloca numa organização jurídica piramidal (à *Civil Law*), nem tem idéia de primazia dos *statutes*, tais as constituições estaduais do sistema federativo norte-americano, igualmente direito escrito, constituições estaduais essas que se colocam no ápice da lei estadual, que nos EUA é a maioria das disposições normativas. Na verdade, nos EUA, os precedentes judiciários segundo os *case laws* dos Estados são a regra e as decisões baseadas na lei federal são aquelas intersticiais, mas fique desde já anotado que nos EUA (por tratar-se de um sistema misto entre a *Common Law* e *Civil Law*) permanece o traço característico do sistema: o *judge-made law*."

34 Sobre o tema, LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare Decisis e Súmula Vinculante: Um Estudo Comparado. p. 173. In: *Direito, Estado e Socidade*, Rio de Janeiro, nº 14, Publicação Semestral do Departamento de Direito da PUC-Rio, p. 165-182, jan.-jul. 1999: "Dentre os fatores propulsores, há que se destacar, no plano teórico, a influência histórica do direito americano sobre o direito brasileiro no campo constitucional e a aproximação dos sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*, numa tendência que se verifica de ambos os lados."

35 Sobre o tema, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 297: "De outra parte, a inserção (rectius, ampliação) da súmula vinculante em nosso desenho constitucional permite intuir que nosso modelo jurídico-político, antes restrito ao primado da norma legal, fica agora de certo modo postado entre o regime da *civil law* (prioridade à norma legislada) e o regime da *common law* (prioridade ao precedente judiciário, ou à norma judicada)."

somente a um deles. Fernández Segado aponta, por isso, o fim da capacidade analítica da bipolaridade dos modelos americano e europeu-kelseniano[36]. O mesmo autor, ao citar os seminais estudos de Mauro Capelletti, fala do desenvolvimento em curso desta unificação para se chegar a um só modelo de controle de constitucionalidade. José Joaquim Gomes Canotilho constata essa convergência dizendo que "no processo subjectivo, cuja finalidade principal é defender direitos, não está ausente o propósito de uma defesa objectiva do direito constitucional"[37].

Na Europa do pós-guerra, notadamente na Alemanha, Itália, Espanha e Áustria, passou-se a permitir aos tribunais ordinários que suscitassem ao tribunal constitucional as questões referentes a normas apontadas como violadoras da Constituição, as quais estão em vias de serem aplicadas em casos concretos. Fernández Segado afirma que nesse panorama convivem lado a lado a abstração da apreciação da questão de inconstitucionalidade pela Corte Constitucional e a concreção derivada da relação de prejudicialidade que tal norma terá na resolução da demanda[38]. Fernández Segado também destaca a aproximação entre o instituto americano do *stare decisis* e a eficácia *erga omnes* adotada pelos tribunais constitucionais, assemelhando-se a atividades destes últimos muito mais àquela empreendida nos Estados Unidos do que a preconizada originalmente por Kelsen, o que ocorre, segundo ele, em razão do caráter cada vez mais interpretativo das decisões tomadas pelas Cortes Européias. Segado acrescenta que no sistema americano a *Supreme Court* vem se amoldando às feições dos tribunais constitucionais europeus, agora realizando a filtragem das questões a serem examinadas por ela, especialmente com a criação do *writ of certionari*, além de ter eliminado a jurisdição de apelação de natureza obrigatória, passando a realizar um exame de discricionaridade judicial para verificar a existência de razões especiais e importantes para admitir a tramitação das petições. E cita ainda a abertura de novas vias processuais de acesso à *Supreme Court*, com destaque para a ação declaratória, que permite apresentar a impugnação de constitucionalidade de normas e o emprego de categorias e técnicas decisórias alheias à tradição norte-americana, tudo isto como mais evidências da aproximação dos sistemas[39].

Victor Ferreres Comella aponta para a necessidade de convergência dos sistemas, sob o prisma por ele enfocado da necessidade

36 *Cf.* SEGADO, op. cit., p. 146-147.

37 CANOTILHO, Gomes José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 1998. p. 861.

38 *Cf.* SEGADO, op. cit., p. 160-161.

39 *Cf.* SEGADO, op. cit., p. 163-167.

de descentralização do sistema europeu-kelseniano. O autor ressalta que se o argumento da segurança jurídica justifica a centralização do controle de constitucionalidade, de outro lado o argumento do acesso democrático à Justiça dá pleno fundamento à direção contrária[40]. E falando a respeito dos conceitos jurídicos indeterminados e da dificuldade de sua interpretação em todas as possibilidades que se apresentam concretamente, traz mais uma razão para a descentralização no sistema europeu e o seu progressivo movimento na direção de uma abertura ao controle difuso. Acresce ainda na sua motivação o aumento das questões constitucionais e da inevitável demora no seu julgamento no sistema concentrado para, em seguida, traçar uma proposta de descentralização do sistema europeu-kelseniano[41].

Todo este cenário de transformações no direito comparado agora vem sendo observado no Brasil, inclusive com as atenções da doutrina constitucional. Analisando os elementos do recurso extraordinário, André Ramos Tavares ressalta o caráter de fórmula de acesso em que se constitui a matéria constitucional que nele deve ser suscitada[42]. Veja-se que se a questão constitucional é veiculada como uma fórmula de acesso ao STF em um primeiro momento, esta questão passará em seguida a ser o objeto de pronunciamento da Corte, ao lado da pretensão principal. Mesmo que deduzida incidentalmente, a questão constitucional será analisada pelo STF tal como se dá nos moldes do processo constitucional de controle abstrato.

Gilmar Mendes, tal como já prenunciado por Francisco Fernández Segado, evoca a superação da divisão dos conceitos de controle difuso

40 *Cf.* COMELLA, Victor Ferreres. The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization? p. 471-476. In: *ICON International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 2, nº. 3, p. 461-491, july 2004.

41 *Cf.* COMELLA, op. cit., p. 461-491.

42 Sobre o tema, TAVARES, André Ramos. Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário. p. 7-8. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental.* São Paulo: Forense, 2003. p. 03-60: "O Supremo Tribunal é receptáculo natural de recursos oriundos das instâncias inferiores justamente porque insere-se na estrutura judiciária brasileira como o mais alto tribunal do país. Assim, e por força de todo um regime jurídico próprio que adiante se analisará, para ele são carreadas as questões constitucionais solucionadas nas diversas instâncias como questões paralelas à solução da lide. Evidentemente que no cumprimento desse seu mister, o Supremo Tribunal, além de deliberar em definitivo sobre a questão constitucional, também deverá decidir a causa propriamente dita, vale dizer, a causa principal, concreta, que lhe é igualmente apresentada. Aliás, a "causa constitucional" serve como fórmula de acesso ao Supremo Tribunal Federal, para que também este se pronuncie e delibere sobre a "causa principal", a lide propriamente dita."

e controle concentrado. O ministro do STF, em voto proferido em processo administrativo no qual se aprovou a emenda regimental n° 12 ao Regimento Interno do STF, retrata as transformações do recurso extraordinário:

> Tal como já observei no julgamento da liminar no RE 376852, esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual "a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo", dotado de uma "dupla função", subjetiva e objetiva, "consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo" (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, Sub Judice 20/21, 2001, p. 33(49). Essa orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano. Já no primeiro quartel do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos. Assim, sustentava ele, no conhecido *Referat* sobre "a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional", que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários. "Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação [...], de condenação, de cassação de atos estatais - dizia Triepel – mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas". (Triepel, Heinrich, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Vol. 5 (1929), p. 26). Portanto, há muito resta evidente que a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. [...] A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das cortes inferiores. O processo entre partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos. Tal

> perspectiva, a par de fortalecer o papel principal da Corte, qual seja a defesa da Constituição, representa a única alternativa possível para a viabilização do Supremo.[43]

Confirmam a tendência de hibridação dos sistemas os movimentos que nos países de fiscalização de matriz austríaca demandam a consideração dos interesses subjetivos para se suscitarem questões ao tribunal constitucional. Já no exemplo brasileiro essa hibridação implicará em que o controle difuso leve em consideração a defesa objetiva da ordem constitucional, ainda que perante a existência de pretensões subjetivas engredradas no recurso extraordinário. Se no panorama europeu vem ocorrendo a introdução de elementos subjetivistas no controle concentrado, no direito brasileiro vemos o inverso: a introdução de elementos objetivistas no controle difuso. São alterações nos extremos que antes se entendiam antepostos e agora se revelam em nítida aproximação. Como bem assinala André Ramos Tavares a respeito dessa nova concepção do controle difuso no Brasil:

> Não configurando o Supremo Tribunal Federal uma terceira (e, eventualmente, quarta) instância de julgamento, e sendo sua tarefa precipuamente (art. 102, da Constituição Federal) a defesa da Constituição, conclui-se que os respectivos recursos não se prestam (ao menos não num primeiro momento) à correção dos julgamentos prolatados pelas instâncias inferiores. A preocupação principal é, ao contrário, com o Direito objetivo. Daí falar-se, inclusive, de um recurso objetivo no sentido de preocupação com questões de ordem objetiva, e não com as causas subjetivamente presentes no processo do qual, eventualmente, emerge o recurso em apreço. De qualquer sorte, a questão constitucional há de ser iluminada pela causa concreta subjacente, conferindo-lhe vida. É, ademais, impossível a qualquer pessoa acionar o Supremo Tribunal Federal sem provar a existência de um processo judicial concreto prévio. De resto, como já salientado, a provocação, ainda que de um processo mais próximo do modelo objetivo, por um particular, é, sem dúvida, uma abertura democrática do sistema. Nesse sentido, a existência (e exigência) de uma lide a ser solucionada (pendente judicialmente) é condição para a provocação da Corte Suprema. A solução para o conflito inter-subjetivo, a ser alcançada pelo recurso excepcional, é apenas um reflexo do julgamento prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, verdadeiro Tribunal da federação, porque o recurso não tem como finalidade fazer justiça para as partes envolvidas. Comprova o acerto

43 Processo administrativo nº 318.715/STF, p. 22-24. Emenda Regimental nº 12, publicada no Diário da Justiça, Seção 1, em 17/12/2003.

> da asserção a impossibilidade de reabrir discussões de ordem fática ou dependentes de prova. Bem se compreende a doutrina quando assinala ser a verdadeira preocupação desse recurso o Direito objetivamente considerado, e cuja eficácia é que se pretende garantir (com todas as consequências daí derivadas, inclusive a reforma de decisão anteriormente prolatada no caso concreto apresentado). As decisões proferidas pelos mais diversos tribunais e juízes, integrando o sistema jurídico, também devem amoldar-se ao parâmetro constitucional. O recurso extraordinário intercede justamente para procurar garantir essa necessária e desejável integração do Direito (objetivamente considerado, pois). Só nesse sentido é que se poderia compreender a realização de uma eventual justiça para o caso concreto, por via do recurso extraordinário. A situação individual apresentada no recurso é também resolvida, contudo, como decorrência lógica da manutenção da integridade da Constituição federal. É por isso correto afirmar que não basta, para o exercício dos recursos excepcionais, a sucumbência da parte. É a questão constitucional que ensejará o cabimento do recurso. Portanto, uma vez mais comprova-se que se trata de recurso excepcional, porque não franqueado a todos sucumbentes indiscriminadamente.[44]

Poderia-se, assim, divisar dois momentos na apreciação da constitucionalidade que é debatida no recurso extraordinário. Numa primeira fase sobressai a defesa de interesses subjetivos, os quais somente serão tutelados mediante o atendimento ao requisito da existência de uma questão constitucional (fórmula de acesso ao STF). Numa segunda etapa, o controle de constitucionalidade exercido no recurso extraordinário pode ser considerado aproximado à fiscalização abstrata quando chega ao STF, assumindo feições objetivas, em verdadeira convolação do que até então constituía uma fiscalização em concreto, incidental, eis que a partir de então o que ganhará relevo será a defesa do sistema jurídico constitucional, ainda que se dê concomitantemente à defesa de interesses subjetivos.

4 PERPLEXIDADES

A tendência de aproximação do recurso extraordinário em relação à sistemática do controle concreto de constitucionalidade não conta com um reconhecimento unânime para caracterizá-la como autêntica convergência dos modelos. Vários dos aspectos suscitados

44 TAVARES, op. cit., p. 10-12.

como reveladores dessa aproximação são objeto de críticas pela doutrina constitucional.

Roger Stiefelmann Leal sustenta que a proclamada aproximação entre os sistemas de controle de constitucionalidade não subsiste ante o estudo das razões evocadas para justificar essa tendência. Depois de comparar cada um dos fundamentos para essa convergência, o autor afirma manter-se íntegra e indispensável a dicotomia clássica entre eles:

> Convergências e semelhanças circunstanciais são fenômenos diversos. A identificação de ritualísticas processuais com alguma semelhança não significa aproximação ou confluência entre os modelos de justiça constitucional. Os sistemas clássicos de controle de constitucionalidade das leis, mais do que meros procedimentos, indicam soluções institucionais distintas. Constituem fórmulas diferentes de organização e disposição da jurisdição constitucional em relação à jurisdição ordinária. E, sob essa perspectiva, as aparentes similitudes processuais apontadas, bem como as eventuais adaptações admitidas em relação às formatações originais dos modelos não demonstram movimento significativo de aproximação.[45]

Entretanto, mesmo que a utilização dos mecanismos pertencentes a outro modelo de fiscalização seja realizada mediante uma superposição de estruturas, não deixa de caracterizar uma convergência entre sistemas até então antepostos, ainda que sob a forma de um terceiro gênero.

Já a norma que instituiu a repercussão geral no recurso extraordinário é considerada inconstitucional por Dirley Cunha Jr. e Carlos Rátis, sob o argumento de ceifar o direito fundamental do amplo acesso à Justiça. Porém, de outro lado, é defendida ardorosamente por outros doutrinadores, que mencionam sua semelhança ao instituto da arguição de relevância, pré-existente à Carta de 1988[46]. Rogério Ives Braghittoni adverte sobre certa estranheza que tal instituto possa causar em sistema de matriz romano-germânica, como é o brasileiro,

---

45 LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. p. 79. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n° 57, Revista dos Tribunais, p. 62-81, out-dez. 2006.

46 Sobre o tema, BRAGHITTONI, Rogério Ives. *Recurso Extraordinário – Uma Análise do Acesso do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: Atlas, 2007. p. 56: "É essa também a opinião de José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, que consideram que "está-se, aqui, diante de um sistema de filtro, idêntico, sob o ponto de vista substancial, ao sistema da relevância, que faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto."

justamente em virtude da possibilidade de lançar-se a pecha de sua inconstitucionalidade[47]. Contudo, ainda que diante do que seria uma importação ao sistema do *civil law* de mecanismo próprio da *common law*, faz a veemente defesa da adoção de tal instituto:

> Se é verdade que todo dispositivo constitucional é "relevante" e tem "repercussão geral", não significa que toda causa em que se discuta algum dispositivo constitucional também o seja. Uma coisa não tem nada a ver com a outra e é bastante freqüente, na prática forense, verem-se causas em que a matéria constitucional discutida foi ali inserida de maneira evidentemente artificial e forçada, com o único intuito de tentar-se levar a causa ao Supremo. Além disso, a questão aqui não é apenas de "existência" ("existe ou não existe relevância, ou repercussão geral"), mas de intensidade: quão relevante é esta questão, em comparação às demais? Qual a dimensão da repercussão que este julgamento trará para o resto da sociedade, excluídas as próprias partes?[48]

Também a proposta de eficácia *erga omnes* das decisões em controle difuso não recebe a conformidade geral de opinião, seja na doutrina, seja no âmbito do STF. Opõe-se que não ocorreria mutação constitucional nesta situação, mas sim uma tentativa de indevida alteração do texto constitucional, o que não se coaduna com as feições do instituto da mutação. Com base neste argumento, no julgamento da reclamação nº 4.335/AC foram proferidos até o momento dois votos contrários ao cabimento desse instrumento em relação às decisões do STF em controle difuso.

O ministro Gilmar Mendes apresenta várias razões para demonstrar a necessidade de novo significado à edição de resolução pelo Senado. Inicialmente parte da constatação da nova amplitude dada ao controle abstrato, o que repercutirá nos efeitos da decisão do controle incidental. Alerta que a resolução do Senado tem sua aplicação restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade, escapando do seu âmbito de incidência, por ser inadequada para emprestar eficácia geral, as decisões do STF que adotam as técnicas da intepretação conforme

47 Sobre o tema, BRAGHITTONI, op. cit., p. 57: "Ao mesmo tempo, é de se lembrar, com a lição precisa de Cappelletti, que há uma certa "tradição" nos sistema vinculados à *Civil Law* de que todos os casos levados às cortes superiores devem ser julgados por absoluta aversão à menor sombra de discricionariedade; qualquer instituto semelhante ao *writ of certiorari* certamente seria considerado inconstitucional na maioria desses países – exatamente como ocorreu na Alemanha. O preço pago por essa "tradição" é o afogamento desses tribunais constitucionais da *Civil Law*, bem como uma inevitável redução na qualidade dos julgamentos."

48 BRAGHITTONI, op. cit., p. 76-77.

e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Isto porque nesses casos o STF não declara a inconstitucionalidade de atos normativos, mas apenas cinge-se a fixar determinada orientação na hermenêutica da norma, retirando a incidência de um dos significados normativos possíveis ou estabelecendo qual deles é admitido[49]. A preemência de reinterpretação do artigo 52, inciso X, segundo o ministro do STF, é evidenciada ainda pela multiplicação em nosso ordenamento das decisões dotadas de eficácia geral, as quais deixam de carregar excepcionalidade para passar a serem comuns. Menciona os seguintes exemplos: I - o STF vem conferindo efeito vinculante não apenas ao dispositivo da decisão de inconstitucionalidade de leis municipais, mas também aos seus motivos determinantes; II - as decisões de inconstitucionalidade incidental em ações coletivas inevitavelmente ultrapassam os limites da eficácia entre as partes; e III - a decisão do STF em ADPF tem eficácia geral, ainda que seu desenvolvimento inicial em processo incidental[50]. Aduz ainda haver incongruência entre a teoria da nulidade da lei incontitucional, por nós adotada, e o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado, bem assim que as decisões proferidas no RE 197.971/SP e no HC 82.959/SP, ao aplicarem a modulação temporal dos seus efeitos, demonstram que a Corte já estava desde logo lhes atribuindo eficácia *erga omnes*[51].

A manutenção da competência do Senado Federal para edição da resolução apta a retirar a validade da lei declarada inconstitucional, se encontrava seu fundamento em modelo unicamente pautado pelo controle difuso, a partir do momento em que este passa a conviver com o controle concentrado, ao invés de ser abolida, foi atavicamente mantida, consoante a dicção de Gustavo Binenbojm[52]. Clèmerson Merlin Clève é também crítico da manutenção da fórmula do Senado na Constituição de 1988[53]. André Ramos Tavares igualmente perfilha seu entendimento

49 *Cf.* MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. p. 155-156. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 162, p. 149-168, abr.-jun. 2004.

50 *Cf.* MENDES, op. cit., p. 161-163.

51 *Cf.* voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes na reclamação nº 4.335/AC.

52 Sobre o tema, BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 264: "O ativismo, aliás, foi mantido também no art. 52, inciso X, da Constituição de 1988, que não apresenta qualquer justificativa, teórica ou prática, havendo um sistema de controle jurisdicional abstrato, no qual a decisão do Tribunal Constitucional acarreta, de per se, a retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico."

53 Sobre o tema, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124-125: "Todavia, é questionável a permanência da fórmula na Constituição de 1988. Parece constituir um anacronismo a permanência

sobre a indevida manutenção da necessidade da edição de resolução pelo Senado Federal para se obter a eficácia *erga omnes*[54].

São diversos os aspectos de transformação na fiscalização da constitucionalidade no Brasil, os quais, se acaso não confirmarem-se aptos a configurar a mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Lei Maior, ao menos impulsionam a necessidade de reforma formal desse dispositivo, para que se amolde às novas dinâmicas social e jurídica dos tempos presentes, marcados nomeadamente pela litigiosidade de massa.

5 CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo, como nova concepção de análise do direito constitucional, tem por principais caracteres o reconhecimento de força normativa à Constituição, a necessidade de expansão da jurisdicição constitucional e o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional. As normas de direitos fundamentais não são prestigiadas apenas em seu conteúdo normativo, como ainda servem de base axiológica para todo o ordenamento jurídico, evidenciando assim o fenômeno da constitucionalização do direito.

As diversas modificações na legislação e jurisprudência pátrias, ao longo do tempo, demonstram a alteração de ênfase no modelo híbrido brasileiro de controle da constitucionalidade e o maior prestígio das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. No direito comparado são incisivos os movimentos pela convergência dos sistemas de fiscalização da constitucionalidade, o que em nosso país apresenta-se com o surgimento da tendência de objetivação do controle difuso.

---

do mecanismo quando o país adota, na atualidade, não apenas a fiscalização incidental, mas também a concentrado-principal, decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimento de omissão. Tem-se que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item. O estudo do direito comparado pode demonstrar que, com vantagem, poderia a república substituir o modelo atual pelo praticado em outros países que emprestam, satisfeitos determinados e rigorosos pressupostos, à decisão do órgão fiscalizador da constitucionalidade, eficácia *erga omnes*."

54 Sobre o tema, TAVARES, André Ramos. *Ibidem*. p. 53-54: "A melhor estratégia seria, aqui, a combinação sadia das duas vertentes, para o que há de se admitir a imprescindibilidade de alguns reparos no atual e vigente sistema brasileiro. Nesse sentido, basta atentar para a dificuldade atual quanto aos efeitos das decisões proferidas pelo STF. Não há motivos para que estas, em sede de recurso extraordinário, continuem a ter validade restrita às partes do processo do qual tenha emergido. Isto só se explica, no sistema brasileiro atual, em virtude de uma indevida recomendação e reverência históricas. Há uma repetição imotivada de um regime próprio de um sistema constitucional que só trabalhava com o modelo concreto-difuso de controle, como ocorrera na Constituição de 1934, momento em que surgiu, no Direito pátrio, aquela regra limitativa dos efeitos."

A jurisdição constitucional possui natureza essencial para a defesa dos direitos fundamentais. A efetividade dessa proteção demonstrará o grau de força normativa da Constituição. Esta efetividade das normas constitucionais possui forte relação com os princípios que informam o controle de constitucionalidade e com os mecanismos que são postos à realização deste. Mesmo na tutela de situações individuais ou de relações subjetivadas, o interesse prevalente no controle difuso é o da manutenção da ordem constitucional e preservação do respeito à Constituição, objetivo que se põe acima da importância na distinção dos modelos de fiscalização da constitucionalidade. A busca da manutenção da constitucionalidade objetiva, para além dos interesses individuais, assegurará a força normativa dos preceitos da Lei Maior.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008.

APPIO, Eduardo. A teoria da inconstitucionalidade induzida. In: *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n° 35, p. 70-79, jan/mar. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n° 29, Malheiros, p. 31-57, 2000.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 28, nº 60, p. 27-65, jul.-dez. 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. In: *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, São Paulo, v. 7, p. 77-101, 2003.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. *Recurso Extraordinário – Uma Análise do Acesso do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. _____. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLE, Charles D. Precedente Judicial – A Experiência Americana. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n° 92, p. 70-86, out-dez 1998.

COMELLA, Victor Ferreres. The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization? In: *ICON International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 2, nº 3, p. 461-491, july 2004.

LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n° 57, Revista dos Tribunais, p. 62-81, out-dez. 2006.

LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare Decisis e Súmula Vinculante: Um Estudo Comparado. In: *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n° 14, Publicação Semestral do Departamento de Direito da PUC-Rio, p. 165-182, jan.-jul. 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O Papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n° 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. Nos Dez Anos de Funcionamento do Tribunal Constitucional. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n° 165, p. 59-76, jan./mar. 2005.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

RUFINO, André. Aspectos do Neoconstitucionalismo. In: *Revista Direito Público*, São Paulo, n° 14, IOB, p. 136-147, out-dez/2006.

SEGADO, Francisco Fernández. La justicia constitucional ante el siglo xxi: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. In: *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, nº 4, p. 143-208, jul.-dez. 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TAVARES, André Ramos. Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental.* São Paulo: Forense, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário.* v. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. O Supremo Tribunal Federal após 1988: Em direção a uma Corte Constitucional. In: *15 Anos de Constituição: história e vicissitudes.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O ACORDO DE LENIÊNCIA NA INVESTIGAÇÃO ANTITRUSTE: DA LEGISLAÇÃO AO LEADING CASE BRASILEIRO

Lívia Cardoso Viana Gonçalves
Procuradora Federal
Consultora Jurídica Substituta do Ministério da Defesa

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Inspiração no Direito Norte-Americano; 2 Da Experiência Antitruste Brasileira; 2.1 Evolução Legislativa; 2.2 Da infração à ordem econômica; 2.3 Procedimentos e competências para o Acordo de Leniência; 2.4 Leading Case – Caso dos Vigilantes; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: A discrepante relação entre o parco poder de investigação da administração antitruste e o imponente poder econômico das empresas potencializa, e em parte caracteriza, um mercado marcado por infrações concorrenciais que geram incontáveis prejuízos à eficiente alocação de recursos. Na realidade pátria, esse desequilíbrio é refletido na severa dificuldade na obtenção de prova dos ilícitos, no alto custo investigativo e na demora da investigação antitruste os quais, associados à atuação repressiva de esferas diversas estatais, tem impedido a efetiva proteção da ordem econômica.
Na busca por um saudável ambiente concorrencial, estabeleceram-se, por meio de inovações legislativas, mecanismos de investigação mais eficazes para inibir as práticas descritas, especialmente a formação de cartéis. Destaca-se, nesse contexto, a Medida Provisória nº 2.055, consolidada pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que criou o Acordo de Leniência. Pelo Acordo, um agente – parte no conluio – revela ou delata detalhes do funcionamento do ilícito em troca de um tratamento leniente ou favorecido.
Neste contexto, o artigo ser propõe a perquirir se o Acordo de Leniência, enquanto instituto jurídico, é adequado e útil à investigação antitruste, e quais os limites e as possibilidades da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, além do estudo comparado o estudo recorrerá à análise de um caso em concreto (bringing a case), no caso conhecido como "Cartel dos Vigilantes".
PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Leniência. Investigação antitruste. estudo comparado. bringng a case.

ABSTRACT: The conflicting relation between the administration antitrust power of investigation and the companies economical power reinforces, and in part it characterizes, a market with competitive breaches that produce countless damages to the efficient allocation of resources. In fact, this imbalance is reflected in the severe trouble to get proof of the illicit ones, in the high cost of investigation and in the delay of the investigation antitrust which has been obstructing the effective protection of the economical order.
In the search for a healthy competitive environment, more efficient mechanisms of investigation were established, mostly through legislative innovations, to inhibit the described practices, specially the formation of cartels. In this context, the Provisional Measure nº 2.055, consolidated by the Law nº 10.149, of 21 of December of 2000, which created the *Acordo de Leniência*, has an especial meaning. For this *Acordo de Leniência*, an agent – part of the collusion – reveals

details of the functioning of the illicit, looking for a treatment favored.
This article proposes to question if the *Acordo de Leniência*, while a legal institute, is adapted and usefulness to the investigation antitrust, and which are the limits and the means of his application in the legal Brazilian context. On this way, it will uses the study compared and the analysis of a concrete case: known like "*Cartel dos Vigilantes*".
KEYWORD: Acordo de Leniência. Investigation Antitrust. Compared Study. bringng a case.

INTRODUÇÃO

A discrepante relação entre o parco poder de investigação da administração antitruste e o imponente poder econômico das empresas potencializa, e em parte caracteriza, um mercado marcado por infrações concorrenciais que geram incontáveis prejuízos à eficiente alocação de recursos.[1] Na realidade pátria, esse desequilíbrio é refletido na severa dificuldade para obtenção de prova dos ilícitos, no alto custo investigativo e na demora da investigação antitruste, características que, associadas à atuação repressiva de esferas diversas estatais, têm impedido a efetiva proteção da ordem econômica.

Na busca por um ambiente concorrencial saudável, estabeleceram-se, por meio de inovações legislativas, mecanismos de investigação mais eficazes para inibir as práticas descritas, especialmente a formação de cartéis. Destaca-se, nesse contexto, a Medida Provisória nº 2.055, consolidada pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que criou o Acordo de Leniência[2].

---

1 Segundo estimativas da organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepreço estimado de 10 a 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando prejuízos de centenas de bilhões de reais aos consumidores anualmente. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência*. Brasília: 2008. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/ File Download.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B1CA84DF6-D84B-486E-9EACA956F7194D2B%7D& Ser viceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>. Acesso em: 29 set. 2008.

2 Embora a lei use a palavra *leniência*, essa, segundo os dicionaristas, relaciona-se com conforto e consolação. De fato, fala-se em lenitivo como um remédio. Um dos significados da palavra *leniency*, traduzindo do inglês para o português, é *indulgência* e deve ser esta a tradução mais apropriada. O mais correto, entretanto, seria falar em acordo de imunidade ou de anistia, como, aliás, é feito em países de língua inglesa. GRINBERG, Mauro. *Programas de Leniência*. Rio de Janeiro, 2001. Apresentado no Seminário internacional: Condutas e Práticas Infrativas à Ordem Econômica. Não publicado.

A Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ), classifica-o como o "pilar fundamental da Política Nacional da Ordem Econômica"[3] e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já reconheceu, em diversas ocasiões, que o Acordo de Leniência é o instrumento de investigação mais efetivo para se prevenir e punir cartéis.[4]

Com efeito, o Acordo de Leniência se desponta como um acelerador, na investigação antitruste, que viabiliza uma solução mais expedita e eficiente por parte das autoridades públicas. Pelo Acordo, um agente – parte no conluio – revela ou delata detalhes do funcionamento do ilícito em troca de um tratamento leniente ou favorecido. A delação é fundamental, pois sem ela o rompimento da colusão ilícita entre concorrentes seria muito mais demorado e a um custo muito mais alto para o Estado. A vantagem para o delator, por outro lado, é a redução total ou parcial da pena que lhe cabe ou, até mesmo, a extinção de punibilidade.

Perquirir, nessa perspectiva, se o Acordo de Leniência, enquanto instituto jurídico, é adequado e útil à investigação antitruste, e quais os limites e as possibilidades da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro é a problemática central que se buscará apreciar neste artigo.[5]

---

3 Evenett consigna dúplice objetivo para a política de concorrência. Um congrega finalidades econômicas, tais como a liberdade de comerciar, a proteção do processo competitivo (não necessariamente dos competidores), além de imperativos de eficiência. O outro se resume em finalidades não econômicas, como preocupações de equidade e justiça social. Para Evenett, o direito da concorrência é apenas um dos muitos instrumentos da política de concorrência. São os objetivos e prioridades da política concorrencial que influenciam o desenvolvimento e a interpretação das leis de concorrência. Cf. EVENETT, Simon and Levenstein, Margaret C.; Suslow, Valerie Y. *International cartel enforcement: lessons from the 1990s*. 2001Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=26574>, *apud* OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da Concorrência.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25.

4 Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate a Cartéis e Programa de Leniência. Brasília: 2008. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/ File Download. EZTSvc.asp?DocumentID=%7B1CA84DF6-D84B-486E-9EACA956F7194D2B%7D& Ser viceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>. Acesso em: 29 set. 2008.

5 Ressalte-e que o Marco Teórico utilizado como pressuposto de elaboração e desenvolvimento do artigo foi um prisma recortado pelo utilitarismo. O utilitarismo, de acordo com Busse e Urmson, é a teoria empírica segundo a qual o valor ou correção das ações dependem das conseqüências que trazem consigo, do bem ou mal que produzem. Quando observadas em coletividade ou quanto objetos coletivos, as ações devem ser medidas pelo bem maior ou pelo maior número de benefícios. As ações são boas e úteis na medida em que se aproximam desta finalidade. Então, a correção de uma ação deve estar parametrizada pela contribuição que ela realiza para o aumento da felicidade e para a diminuição da miséria humana. A teoria formulada por Hutcheson em 1726 pode ser sintetizada pela seguinte frase: "A melhor ação é aquela que produz a maior felicidade ao maior número de pessoas." Dessarte, opta-se pela determinação da utilidade diretamente pela regra da razão, recorrendo, em parte, ao estudo elaborado por José Inácio Gonzaga Franceschini, Edgard Antonio Pereira e Eleni Lagroteria da Silva. A contribuição da obra, como

O enfrentamento do problema sobredito, sob o aspecto estrutural do artigo, passará pelo estudo sobre a origem do Acordo de Leniência no território norte-americano, ingressando no tratamento conferido pelo ordenamento jurídico pátrio às infrações à ordem econômica, examinando, em seguida, a dificuldade de se caracterizar e provar as infrações antitruste. Por fim, analisando o cenário em que se insere o Acordo de Leniência, examinar-se-á um caso em concreto de aplicação do Instituto (*briefing a case*[6]), que propiciará algumas reflexoes sobre sua importância e eficiência.

Portanto, o objeto de estudo será relativo ao primeiro Acordo de Leniência celebrado no Brasil no caso conhecido como "Cartel dos Vigilantes" [7], porquanto representou uma grande mudança legislativa e estratégica na atuação do Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência – SBDC[8]. Isso permitirá apreender as bases da figura jurídica do Acordo de Leniência aplicado à investigação antitruste à luz da legislação nacional e avaliar a sua eficácia mediante parâmetros conferidos pela filosofia utilitarista.

---

afirmam esses autores, *ipsis litteris*, é postura paradigmática que coloca em destaque a interação entre os condicionantes privados da decisão de apresentar denúncia de prática anticompetitiva e os custos sociais envolvidos na atuação do sistema de defesa da concorrência. Cf. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; PEREIRA, Edgard Antônio; SILVA, Eleni Lagroteriada. Denunciação de práticas anticompetitivas. In: *Revista de Direito Econômico*, ano I, nº 26, p.47 a 62, Ago/Dez 1997.

Assevera-se que a confiabilidade da utilização da regra da razão se encontra no estabelecimento objetivo de um método de determinação dos custos/benefícios sociais ao se punir ou não determinada prática que afronte a norma, considerando, para tanto, os custos sociais processuais. Nessa perspectiva, sustentar o desenvolvimento deste artigo na regra da razão significa fazer subsistir uma abordagem de custo/benefício (segundo a qual um instituto só possui validade enquanto seus efeitos nocivos não superem os efeitos do mal combatido) em toda análise a ser realizada.

6 Um bom método de trabalho para quem se aproxima dos problemas de interpretação das normas constitucionais é fazer um *briefing* de um caso concreto (*briefing a case*)." Se possível escolha-se: (1) um "caso difícil (*hard case*); (2) um caso paradigmático (*standard case, leading case*). [...]." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2001. p. 1084 et seq.

7 Esclareça-se que o alvo desse cartel eram licitações organizadas principalmente pela Superintendência Regional da Receita Federal no Rio Grande do Sul e pela Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre.

8 No Brasil esse sistema é composto por órgãos com poderes especializados em análise e intervenção direta. O CADE, auxiliado pela SDE órgão do Ministério da Justiça e pela SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda). Esses órgãos são encarregados de julgar, investigar e analisar os atos prejudiciais à concorrência pelo controle de atos e contratos e a decisão sobre a existência de infração à ordem econômica. Cumpre essencialmente às secretarias a função de investigar e ao Conselho Administrativo de Direito Econômico a função de julgar.

1 A INSPIRAÇÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO

O avanço tecnológico atua como fonte propulsora de modificação da ordem econômica. Diante dessa premissa, destaque-se, em especial, aquela promovida pela Revolução Industrial, em que a produção passou a ser realizada em série e em economias de escala. As empresas com maior poder tecnológico passaram a dominar o mercado, fator que, com o fluxo temporal, favoreceu a concentração do poder econômico.

Economistas achavam que o mercado se auto-regularia, que a dominação do mercado pelas grandes empresas fazia parte do jogo econômico. No entanto, com o transcorrer do tempo, observou-se tanto a desmaterialização da liberdade econômica, quanto a formação de uma verdadeira ameaça ao poder político dos países.[9]

Em 1890, no escopo de regulamentar esse contexto, promulgou-se, nos Estados Unidos, o *Sherman Act*[10]. Essa Lei tipificava como ilícito penal[11] todos os acordos entre empresas concorrentes para fixar preços, restringir ou combinar produção, ou de outra maneira restringir a força da concorrência; sujeitava os infratores a pesadas multas e ordenava a imediata dissolução do pacto. Com isso,

> [...] as técnicas que, às escancaras, eram adotadas para se obter a maximização de lucros, à mais fiel obediência ao espírito capitalista, passaram, dali por diante, a serem seguidas de forma clandestina, dificilmente detectáveis. [12]

Em 1978, surge o Acordo de Leniência, criado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América, por meio do qual se concedia

---

9 Esta influência se estendia desde a dependência do Estado, em matéria de obtenção de recursos, seguindo a tradição dos forçamentos de arrecadações tributárias para fazer a sua manutenção, até a corrupção pelo voto, elegendo legisladores e administradores ou pelo comprometimento direto em negócios mais ou menos escusos. A concentração afirmava-se como uma fatalidade da economia de mercado, de vez que na regra fundamental da luta, aquele que não cresce, acaba por perecer diante do competidor mais poderoso. Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

10 O *Sherman Act*, juntamente com as Leis Clayton e Robinson Patman, bem como a Agência Federal Trade Comission, constituem o arcabouço legal do sistema antitruste norte-americano.

11 Destaque-se que o benefício da tipificação penal conferida pelo *Sherman Act* às práticas abusivas consiste em direcionar seu potencial punitivo aos empresários que, em grande maioria, se beneficiam pessoalmente da conduta criminosa, pouco se importando com multas sobre a empresa, consideradas um custo extra do negócio.

12 Cf. MARLAD, Neide Teresinha. *O Cartel*. In: *Revista de Direito Econômico*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade. nº 21, outubro/dezembro 1995. p. 33.

o perdão judicial no âmbito criminal caso os infratores se antecipassem à agência governamental para, antes do início das investigações, confessar a prática ilícita.[13] Todavia, esse projeto não foi um sucesso desde o momento inaugural:

> Inicialmente, o programa não se demonstrou exitoso, pois a margem de discricionariedade para o ato concessão do perdão era muito larga, deixando os infratores na dependência de um alto grau de arbítrio por parte do governo. O programa, portanto, gerava muita desconfiança, do que decorria a baixa procura pela tentativa de acordo, acarretando o seu insucesso. [À época de sua criação, o Acordo de Leniência só era possível se proposto antes do início das investigações, o que levou a uma arrecadação anual de US$ 30 milhões por ano sem que fosse descoberto nenhum cartel internacional.[14]]

> Em busca de um programa efetivo, que proporcionasse o incremento das investigações levadas a efeito pelo Departamento de Justiça dos EUA, em 1993, foi criado o Programa de Leniência Corporativa, o "Amnesty Program". Com a diretriz sintetizada na expressão *"Making conpanies an offer they shouldan't refuse"*, o Departamento intentou estender as oportunidades e aumentar os benefícios a empresas que delatassem condutas criminosas e cooperassem com as investigações. No ano seguinte, estendeu o programa a pessoas físicas que se apresentassem às autoridades autonomamente, que não estivesse à frente da responsabilização pela conduta das empresas envolvidas.[15]

Em 1993, o Acordo de Leniência ganhou maior aceitação graças à adoção da anistia automática, acompanhada pela taxatividade dos requisitos de adesão, bastando que o infrator levasse ao conhecimento da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos informação desconhecida ou, ainda que conhecida, que agregasse detalhes substanciais à investigação.

---

13 Como as multas são proporcionais às vendas nos EUA, o programa de leniência também ajudou a avaliar a extensão real dos danos provocados pelos cartéis à economia.

14 Cf.MINISTÉRIO DA FAZENDA. Governo reforça medidas contra os cartéis. Brasília: 2000. Disponível em: <http:// www.fazenda.gov.br/portugues/releases /2000/r000811. html>. Acesso em: 22 set. 2008

15 SANTOS, André Maciel Vargas dos. O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal. Eneas Correa, 2007. Disponível em: <http://www.eneascorrea.com/news/139/ ARTICLE/1248/2007-08-12.html>. Acesso em: 28 set. 2008.

Com efeito, o *leniency program* se mostrou tão eficiente que o número de cartéis descobertos aumentou cinco vezes desde sua adoção.[16] Isso porque, além do benefício direto aos consumidores, agredidos pela manipulação do mercado e pela elevação abusiva dos preços, o programa se mostrou apto a acelerar a tramitação dos processos e reduzir os custos das investigações.

Esses bons resultados motivaram um processo de globalização do Acordo de Leniência, que passou a ter previsão em vários ordenamentos jurídicos internacionais. Para aqueles países em que o cartel é considerado como crime, a promotoria é incumbida de promover os Acordos; por outro lado, para aqueles que o situam na esfera administrativa, não há produção de efeitos na seara penal. No Brasil, todavia, porque a um só tempo as infrações à concorrência são classificadas como ilícito penal e administrativo, adotou-se um sistema peculiar que passará a ser objeto de análise.[17]

2 DA EXPERIÊNCIA ANTITRUSTE BRASILEIRA

2.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

As primeiras leis de defesa da concorrência, sob influência norte-americana, passaram a reprimir o abuso do poder econômico, exercido mediante uma série de condutas restritivas à livre concorrência e à livre iniciativa. [18]

16 Cf.MINISTÉRIO DA FAZENDA. Governo reforça medidas contra os cartéis. Brasília: 2000. Disponível em: <http:// www.fazenda.gov.br/portugues/releases /2000/r000811. html>. Acesso em: 22 set. 2008.

17 Embora o processo administrativo seja mais rápido que o jurisdicional, sua sanção possui menos intimidação e publicidade que a pena criminal. De onde se provêm o benefício do emprego conjugado do direito administrativo com o direito penal na repressão dos ilícitos contra o direito concorrencial. Por outro lado, esse concurso pode provocar, na prática, a despenalização, em virtude da imensa maioria dos procedimentos terem lugar no CADE, e o cúmulo das sanções mencionadas. Por esse motivo, Conte assevera que o direito penal para ser eficaz na esfera concorrencial não pode visar o direito concorrencial propriamente dito, mas deve operar de modo indireto. Ao invés de visar o abuso de posição econômica e os cartéis, o direito concorrencial deveria mirar as infrações próprias do direito do código do consumidor e da propriedade industrial. Cf. CONTE, Philippe. *Diritto penale e concorrenza*. In: *Rivista Timestrale Di Dirito Penale Dell'economia*, v. XII, n. 4. p. 869-877.

18 O Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, cuja tônica eram os 'atos contrários à ordem moral e econômica' – de feição administrativa e não penal – é considerado o primeiro diploma brasileiro de repressão ao abuso do poder econômico, o qual, por sua tônica protecionista e nacionalista, se diz inspirado no *Sherman Act*. A idéia-força subjacente a este Decreto-Lei resoou na Assembléia Constituinte de 1946, em particular no art. 148, fazendo com que a Constituição dela resultante consagrasse a repressão ao 'abuso do poder econômico'. Desta forma, deu-se foro constitucional ao fulcro do direito concorrencial e deixou em segundo plano o tratamento das minúncias, por mera legislação ordinária, de cunho penal e

No âmbito constitucional, diz-se que a Constituição Federal de 1946 inaugurou a mencionada repressão. No âmbito da legislação infraconstitucional, por sua vez, em 10 de setembro de 1962, editou-se a Lei nº 4.137/62[19]. Essa Lei tipificou, em seu art. 2º, as três espécies de ilícitos concorrenciais e vários ilícitos a eles ligados: os atos tendentes à dominação dos mercados (inc. I), o abuso de posição dominante (inc. II, III e IV) e a concorrência desleal (inc. V).

Já sob égide da Constituição Federal hodierna, que elencou a livre concorrência entre os princípios da ordem econômica (art. 170, inc. IV) e determinou que a "lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (art. 173, § 4º), foi promulgada a Lei nº 8.137/90, em 27 de dezembro de 1990. Essa Lei, definidora de crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, previu, em seus artigos 4º, 5º e 6º, crimes contra a ordem econômica, impondo penas de detenção e reclusão ou multa.[20]

Do Decreto nº 99.244, de 10 de maio de 1990, materializou-se a Lei nº 8.158, de 8 de fevereiro de 1991, que intentou:

> [...]"conferir eficiência e rapidez à atuação do poder público", no momento em que a economia brasileira abria-se ao mundo, acabava-

administrativo. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da Concorrência.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 18.

19 Consoante o Deputado Agamemnon Magalhães, autor do protejo que deu origem a esta Lei, o desiderato era armar o Estado contra o poder dos grupos econômicos, protegendo o consumidor brasileiro - seguindo a experiência norte-americana que combina a repressão administrativa com a judicial. Por esse motivo, alguns autores consagram a Lei nº 4.137/62 como marco inicial do tratamento legal do antitruste no Brasil. Cf. OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. Op. cit. p. 19.

20 Registre-se que a Lei nº 8.137/90 continua a viger mesmo ante a superveniência da Lei nº 8.884/94, que dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Isto porque, a Lei nº 8.884/94 reforçou a vigência da primeira, pois seu artigo 84 alterou a redação do art. 5º, inc. VIII. Reforçando este entendimento, cabe ainda ressaltar que o art. 35-C da Lei nº 8.884/94 faz uma referência explícita aos crimes estabelecidos pela Lei nº 8.137/90, e determina a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento de oferecimento de denúncia quando da celebração do Acordo de Leniência. Todavia, importa ressalvar o peculiar posicionamento de Franceschini (1998) a respeito deste ponto. Para esse autor, possuindo a Lei nº 8.884/94 natureza penal-econômica – e sendo o direito penal econômico ramo do direito penal comum -, sua promulgação teria significado a derrogação dos artigos 4º e 5º da Lei nº 8.137/90, com exceção do inc. VII do art. 4º, por força do determinado expressamente no art. 85 daquela Lei. Tais artigos, em grande parte, reproduzem dispositivos da Lei nº 4.137/62. Dessa maneira, a única legislação concorrencial vigorante seria a Lei nº 8.884/94, cuja aplicação cabe ao SBDC. Franceschini considera que o CADE, dotado estruturalmente de caráter administrativo tem função quase-jurisdicional, exerce atividade de para-juridicional penal. Por força constitucional (art. 173, § 4º), o Conselho revestiria do direito de persecução penal-econômica. Cf. OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. Op. cit. p. 357-361.

> se o controle de preços e iniciava-se o processo de privatização das empresas estatais, trazendo grandes inovações. Embora mantendo expressamente, as normas definidoras de ilícito e respectivas sanções, constantes da Lei nº 4.137/62 e outras, sobre abuso do poder econômico (art. 23), definiu infração à ordem econômica, exemplificando-as em dezoito alíneas (art. 3º).[21]

Visando materializar maior concisão, reclamada pela dualidade de legislações concorrenciais instaurada com o advento da Lei nº 8.158/91, vigendo conjuntamente com dispositivos não revogados da Lei nº 4.137/62 –, o legislador de 1994, por meio da Lei nº 8.884/94[22], previu ilícitos relativos às infrações à concorrência em um só artigo (art. 21), subordinou a sua caracterização àquelas três categorias firmadas no dispositivo anterior (art. 20) e expressamente revogou as Leis nº 4.137/62 e nº 8.158/91. A Lei em comento objetivou:

> [...] (a) dar liberdade suficiente para o juiz na formulação de uma regra da razão dentro dos limites estabelecidos pelos princípios do art. 20, (b) dificultar, através da fixação dos princípios gerais (art. 20), a contestação constitucional da tipologia aberta que se estava criando, e (c) fornecer aos agentes econômicos suficiente segurança jurídica através da declaração expressa de um certo número – ainda que não fechado – de infrações puníveis (art. 21).[23]

A Lei nº 8.884/94 sofreu várias mudanças, sendo a mais significativa aquela operada pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que se caracterizou pela busca de mecanismos mais efetivos de atuação e pelo aperfeiçoamento de dispositivos de repressão às infrações. Ressalte-se, dentre eles, o Acordo de Leniência[24], que, por suas

---

21 OLIVEIRA; RODAS, op. cit., p. 21.

22 A Lei nº 8.884/94 deixou patente sua aplicação a todas as pessoas jurídicas e físicas, de direito público ou privado, bem como associações ou grupamentos, inclusive os temporários e os desprovidos de personalidade jurídica; previu, também, a responsabilidade individual dos respectivos dirigentes e administradores, solidariamente entre si e com a empresa. Mais ainda: o artigo 18 defende a possibilidade, em certas hipóteses, da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. A responsabilidade administrativa do titular de posição dominante é prevista pelo diploma em seu artigo 20, desde que haja suporte fático respectivo para caracterização.

23 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 74.

24 O Acordo de Leniência encontra-se disciplinado pelo art. 35-B e 35-C da Lei nº 8.884/94, acrescentados pela Lei nº 10.149/00. Essa Lei, de 2000, conferiu à SDE/MJ e à SEAE/MF maiores e mais eficazes poderes de investigação para obtenção de prova e troca de informação entre as diferentes jurisdições. Para

características, intenta aumentar a probabilidade da autoridade descobrir e punir o ilícito concorrencial, além de produzir maior instabilidade no cartel ao instigar maior desconfiança e, conseqüentemente, aumentar o custo de monitoramento e estabelecer a possibilidade de adoção de estratégias não cooperativas. Essas mudanças surgiram, consoante dantes explicitado, ante a necessidade de se ampliar os poderes de investigação das autoridades para combater, de forma expedita e eficiente, as infrações à ordem econômica.

2.2 DA INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

Para caracterizar uma infração à ordem econômica é preciso que o agente econômico detentor de poder de mercado tenha por objetivo ou possa produzir os seguintes efeitos: limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa por meio de atos, sob qualquer forma manifestados, e aumentar arbitrariamente os lucros. Tais efeitos podem advir de várias práticas, tais como a venda casa, o preço predatório, a recusa de venda, mas dentre elas, a mais perigosa, causadora de maiores danos ao mercado, é a infração colusiva de agentes – cartel. [25]

Nos termos da Resolução nº 20, de 1999, do CADE, o cartel pode ser definido como:

> [...] acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes de mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.[26]

---

tanto, introduziu a limitação do sigilo nas averiguações preliminares, a inspeção na sede, *in loco*, a busca e apreensão de documentos das empresas investigadas por parte de técnicos da SDE e da SEAE como meios de prova, criou mecanismos para obtenção de documentos das matrizes das sociedades estrangeiras atuando no país, estabeleceu multas aplicáveis por obstrução das investigações, instituiu a limitação ao compromisso de cessação de prática. Consegni-se, ainda, que, pela primeira vez, fez-se menção à expressão SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência – para se referir conjuntamente ao CADE, SDE e SEAE.

25 A formação de cartel é o principal motivo de denúncias relacionadas à concorrência desleal. Este tipo de prática representa 50% do total de denúncias apresentadas à SDE/MJ e à SEAE. A outra metade se refere, principalmente, à venda casada e ao tratamento diferenciado entre adquirentes. Cf. MATSUURA, Lilian. *Concorrência desleal: cartel é a infração mais praticada pelas empresa*. Consultor Jurídico, 2006. Disponível em: <http:// conjur.estadao.br>. Acesso em 22 set. 2008.

26 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20 de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94.

Exigem-se, pois, dois elementos para caracterização da infração, a existência de acordo entre os concorrentes e a aptidão de tal acordo para produzir os efeitos descritos. Todavia, importa advertir que: (i) nem todo paralelismo constitui um cartel, pois é possível que sua existência advenha dos movimentos do mercado, onde não entram os pressupostos de racionalidade da prática infrativa; e (ii) a existência de condições facilitadoras de cartel[27], por si só, não bastam para configurá-lo. A primeira ressalva decorre do fato de que um comportamento uniforme pode ser explicado por uma decisão racional e individual de uma empresa de seguir a empresa líder do mercado, sem que, no entanto, tenha havido combinação.

Reitere-se, para caracterização do cartel importa constatar a realização de conluio entre os concorrentes e, mediante análise do mercado relevante e das circunstâncias específicas de cada caso, verificar que o comportamento das variáveis econômicas prejudiciais à concorrência não possa ser explicada por nenhuma outra razão se não pelo acordo artificial entre os membros do cartel.[28]

Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 jun. 1999.

27 São condições facilitadoras de cartéis, além do número de empresas no mercado relevante e o grau de concentração da produção: "i) homogeneidade do produto permite uma avaliação acurada do diferencial de preços entre as empresas; ii) fases mais maduras do ciclo do produto tornam inovações menos freqüentes, mantendo estável a tecnologia e os custos; iii) condições de demanda estáveis; iv) a inelasticidade da demanda reflete o menor leque de alternativas para o consumidor, elevando o poder de mercado; v) restrições verticais permitem controle sobre aquisição de insumos e sobre a rede de distribuidores, facilitando a coordenação entre os membros do cartel, vi) a ocorrência de licitações freqüentes induz a um processo de aprendizado das políticas de preços dos concorrentes; vii) elevadas barreiras à entrada impede a atração de entrantes em busca dos lucros extraordinários do cartel; viii) circunstâncias que levem ao aprendizado acerca das políticas de preços entre os concorrentes como no caso de licitações periódicas." OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. op. cit. p. 40-43.,

28 O Conselheiro do CADE Luis Fernando Schuartz, em voto proferido no Processo Administrativo n.º 08012.007042/2001-33, ao analisar o art. 20, ressaltou adequadamente que: "§23 [...]. *De acordo com essa interpretação, o caput do art. 20 define o conceito de infração da ordem econômica de maneira dual: a infração se caracteriza pela presença seja (i) do propósito "objetivamente visado" de que se produza algum dos efeitos mencionados nos incisos; seja, ainda, (ii) da elevada probabilidade de que se produza algum desses efeitos.* No primeiro caso, predomina o caráter intencional da busca de um efeito com a conduta; no segundo, o risco objetivo, a ela associado, de produção do efeito. [...] § 24. Nos termos da lei brasileira, portanto, uma infração da ordem econômica ocorrerá provando-se uma coisa ou outra, vale dizer: ou que o propósito "objetivamente visado" pelo agente com a sua conduta era a produção de um dos efeitos listados nos inc. I a IV do art. 20; ou então, que é elevada a probabilidade de que a sua conduta produza um desses efeitos. Note-se ainda que, em ambos os casos, o art. 20 é explícito ao dispor que a efetiva obtenção do efeito é irrelevante para a caracterização da infração (a não ser, obviamente, que se prove que o efeito ilícito foi de fato obtido)". BRASIL. CADE. Uso de tabela de honorários médicos. Adoção de conduta comercial uniforme. Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33, Relator: Abraham Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. jan. 2006, grifou-se.

A mencionada apreciação do mercado relevante requer a sua definição em seus dois aspectos, produto e geográfico. A partir de sua delimitação, identifica-se o objeto e/ou os efeitos dos atos ou fatos e a aptidão dos agentes em produzi-los. Isso permite a obteção de indícios não só do controle das estruturas de mercado, como, também, da configuração da (ir)razoabilidade da conduta. [29] A importância desse estudo decorre do fato de que a lesão gerada pressupõe poder de mercado do agente econômico, que é auferido dentro de um dado mercado relevante (Lei nº 8.884/94, art. 20, inc. I).

Com efeito, há grande dificuldade e complexidade em se comprovar a existência de cartéis e puni-los, mas, por outro lado, há uma instabilidade estrutural dos cartéis que auxillia a tarefa.[30] A traição ao cartel podem gerar ganhos expressivos para o membro do conluio que decidir burlar o acordo, desde que não seja flagrado pelos demais integrantes. Isso faz com que os cartéis sejam obrigados a ter mecanismos de controle relativamente detalhados, os quais, por sua vez, pode facilitar a obtenção de flagrante pelas autoridades e a comprovação da existência do cartel.

Passando-se à apreciação dos efeitos gerados pelos cartéis, importa salientar que eles podem acarretar graves prejuízos não só aos demais agentes do mercado, como também aos consumidores e à própria ordem econômica constitucionalmente protegida. Por esse motivo, o referido artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, prevê a repressão legal ao abuso do poder econômico que vise o domínio de mercado, a eliminação

29 A legislação da Comissão Européia considera mercado relevante de produto, aquele que abrange todos os produtos tidos como intercambiáveis ou substituíveis pelo consumidor, por suas características próprias, seus preços e o uso pretendido; e considera mercado relevante geográfico aquela área na qual as empresas interessadas estão atuando na oferta e demanda dos produtos ou serviços, em condições de concorrência suficientemente homogêneas e claramente distinguíveis em suas diferenças das áreas vizinhas. Cf. PAMPLONA, Juliana Faria. A importância do conceito de mercado relevante na análise antitruste. Belo Horizonte: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2337>. Acesso em 28 set. 2008.

30 Embora a atuação concertada gere a maximação do lucro conjunto de um setor, pode ocorrer que a melhor estratégia para uma empresa individual seja quebrar o acordo, obtendo um lucro maior (durante o período em que quebra o acordo) em relação ao que seria obtido se não adotasse tal ação. Quando uma firma quebra o acordo (reduzindo seu preço), na pressuposição de que as demais não o façam (ou seja, as demais não reduzem o preço), ela obtém ganhos de mercado e, com isto, aumento de seu lucro. Uma consequência possível da adoção de uma estratégia desse tipo, por uma das empresas, é a deflagração de uma guerra de preços no setor, com o típico resultado concorrencial associado a um menor lucro para as empresas. Para tentar evitar a violação do acordo, são adotadas regras de punição para as empresas que não se comportarem como previsto neste instrumento. Assim, ao tomar a decisão de quebrar o acordo, cada empresa pondera se as perdas que irá sofrer decorrentes da implementação da punição serão superiores aos ganhos que terá adotando tal ação. Cf. OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da Concorrência.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

da concorrência ou o aumento arbitrário de lucros como sinônimo de infração à ordem econômica.

Destaque-se, por esse prisma, que, embora não seja possível constatar a criminalização das infrações antitruste na Constituição Cidadã, nem nas anteriores, o § 4º do art. 173 é tido como permissivo para que a legislação ordinária alcance o mencionado enquadramento.[31] Ademais, considerando a livre iniciativa como fundamento e a livre concorrência como princípio da ordem econômica constitucional, as empresas e o empresário podem ser responsabilizados na esfera civil e administrativa nos seguintes termos:

> Administrativamente, o Estado tem como recurso a Lei nº 8.884/94, a qual prescreve diversas sanções a condutas atentatórias à ordem econômica, sendo, geralmente, penas pecuniárias. Civilmente, como tais condutas podem causar lesão a concorrentes e consumidores, os indivíduos – pessoas físicas ou jurídicas – diretamente prejudicados, bem como associações ou o Ministério Público, podem intentar a responsabilização indenizatória em razão do comportamento inadequado dos empreendedores. Penalmente, a Lei nº 8.137/90, prescreve penas restritivas de liberdade ou multas para os infratores da ordem econômica, trazendo tipos penais os quais, geralmente, repetem as condutas administrativamente proibidas.[32]

Com essas medidas, o Estado procurou conciliar os princípios penais da reserva legal e da taxatividade com a necessidade de ampliar a órbita sancionatória decorrente de tipos abertos.[33]

---

31 A criminalização de atividades econômicas visa à proteção de interesses difusos, diferentemente da criminalidade clássica, aquela que, em geral, prescreve normas dirigidas diretamente à proteção de interesses individuais da pessoa humana ou de entidades específicas, tais como o Estado ou outras entidades juridicamente reconhecidas. Dessa forma, o direito penal econômico está a proteger setores da organização social que, normalmente, são fiscalizados por órgãos estatais, e, conseqüentemente, a repercussão de uma conduta lesiva à ordem econômica, ao sistema financeiro, ao meio ambiente, ao consumidor ou a qualquer outro desses setores de interesses difusos refletir-se-á tanto nas esferas penal e cível, como na administrativa. Cf. SANTOS, André Maciel Vargas dos. O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal. Eneas Correa, 2007. [on line] Disponível em: <http://www.eneascorrea.com/news/139/ ARTICLE/1248/2007-08-12.html>. Acesso em 28 set. 2008.

32 SANTOS, André Maciel Vargas dos. O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal. Eneas Correa, 2007. Disponível em: <http://www.eneascorrea.com/news/139/ ARTICLE/1248/2007-08-12.html>. Acesso em: 29 set; 2008.

33 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Formas de abuso de poder econômico. In: *Revista de direito mercantil*, vol. 66, p. 41, abril-junho 1987.

2.3 PROCEDIMENTOS E COMPETÊNCIAS PARA O ACORDO DE LENIÊNCIA

Dentre as medidas persecutórias do novo paradigma antitruste descrito, exsurge, com especial relevo, o Acordo de Leniência. Impendem, para apreciação desse Instituto, algumas considerações que passarão a ser realizadas.

Com relação aos atores envolvidos na celebração desse Acordo, assevere-se que compete à União, representada pelo Secretário da Secretaria de Direito Econômico, analisando os critérios objetivos e subjetivos, negociar e firmar o Acordo de Leniência com pessoas físicas e jurídicas, em troca de colaboração na investigação da prática denunciada, com a extinção total ou parcial das penalidades administrativas aplicáveis originalmente pela prática de cartel.[34] Os efeitos produzidos na seara penal podem gerar a extinção automática da punibilidade do beneficiário quanto aos crimes previstos na Lei nº 8.137/90, desde que observados os requisitos necessários. Registre-se que participação ativa do Secretário da SDE/MJ no processo investigatório habilita-o, de forma exclusiva, a realizar o Acordo. Isso porque, a revisão por outra autoridade antitruste, provavelmente, abalaria a segurança jurídica[35] e efetividade do Instituto.

Com relação aos requisitos necessários para celebração do Acordo de Leniência, deve-se observar os itens elencados no parágrafo 2º do artigo 35-B, da Lei nº 8.884/94, a saber: (i) que a empresa ou pessoa física seja a primeira a se apresentar à SDE/MJ com respeito à infração noticiada ou sob investigaçãoç que o proponente confesse sua participação no ilícito; (ii) que a empresa ou a pessoa física cesse completamente o seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data da propositura do Acordo; (iii) que a SDE/

34 Pela Portaria MJ nº 4, de 5 de janeiro de 2006, a fase de negociação é confidencial e dura 6 meses, prorrogáveis por outros 6 meses, a critério da SDE, desde que não haja outro candidato à leniência para o mesmo cartel. Apenas a Secretária de Direito Econômico e seu Chefe de Gabinete participam na fase de negociação. Se nenhum acordo for celebrado, todos os documentos referentes à negociação são devolvidos à parte. Por outro lado, caso o interessado que não se qualifique para um Acordo de Leniência relativo a um determinado cartel, mas forneça informações acerca de um outro cartel sobre o qual a SDE não tenha conhecimento, poderá obter todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração. Dá-se a essa hipótese a denominação de Leniência Plus. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Condutas anticompetitivas. Brasília. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A 10B74C 32PTBRIE.htm>. Acesso em: 22 de set. 2008.

35 Segurança jurídica, para considerações dessa análise, é a previsibilidade a qual visa assegurar ao cidadão o direito de conhecer previamente suas obrigações para, com isso, ter meios hábeis para se adequar às novas situações.

MJ não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do Acordo; (iv) que o interessado coopere plenamente com as investigações; que cooperação resulte na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas da conduta, comparecendo o interessado, sob suas expensas a todos os atos processuais, até seu encerramento; e (v) que não tenha estado a frente da conduta infracionária (art. 35-B, § 1º da Lei nº 8.884/94)[36].

A taxatividade dos requisitos elencados, à semelhança daquela existente nos Estados Unidos, é de crucial importância para garantir a efetividade do programa, na medida em que permite melhor transparência e previsibilidade por parte do proponente do Acordo, bem como delimita a margem do arbítrio do representante da União.

No que concerte ao oferecimento da proposta do Acordo de Leniência, cumpre enfatizar que a proposta do Acordo, realizada por escrito ou oralmente[37], é sigilosa, não importando em confissão quanto à matéria de fato[38] e, caso seja rejeitada, não gerará reconhecimento de ilicitude da conduta analisada[39]. Registre-se, dentre as características enumeradas, que o sigilo do Acordo de Leniência é uma necessidade decorrente da confissão, pois os proponentes podem sofrer retaliação

36 O art. 35-B, § 11, da Lei nº 8.884/94, objeto anterior da Medida Provisória nº 2.055, de 11 de agosto de 2000, ao dispor que a aplicação dos dispositivos dessa Lei concernentes ao Acordo de Leniência deverá observar a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça, autorizou a expedição a Portaria MJ n.º 849/00. Essa portaria, por sua vez, conferiu melhor contorno à expressão "que tenha estado á frente da conduta infracionária". Para tanto, definiu "como tendo estado à frente da conduta infracionária a pessoa física ou jurídica que tenha promovido ou organizado a cooperação da infração, dirigido a atividade ou ainda que tenha coagido alguém a cometê-la". Embora essa Portaria tenha sido revogada pela Portaria MJ nº 4, de 5 de janeiro de 2006, entende-se que a definição, quanto ao menciado termo, permanece como uma interpretação indicativa. BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n.º 849 de 22 de setembro de 2000. Aprova o regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico SDE deste Ministério da Justiça relativas à apuração de infrações à ordem econômica. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 set. 2000.

37 Pela Portaria MJ nº 4, de 5 de janeiro de 2006, na hipótese de proposta oral, apresentada pelo interessado, a SDE irá elaborar um termo único a ser preservado pelo interessado. Todavia, o Secretário da SDE poderá recusar a proposta e condicionar o seu recebimento à forma escrita. Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Condutas anticompetitivas*. Brasília. Disponível em: < http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F53720 2ITEMID A0C5C3163D834AB588C765 1A10B74C32 PTBRIE.htm>. Acesso em: 22 set. 2008.

38 Embora não haja dispositivo obstando que a SDE instaure investigações preliminares para investigar a prática delatada, o que pode gerar insegurança daqueles que pretendem colaborar com a investigação, não poderia a SDE restar engessada a tomar providências. Isto porque, dentro desta ótica, haveria um estímulo inverso que geraria a procura demasiada a partir de qualquer informação suspeita no intuito de não ver a prática descoberta e, conseqüentemente, punida.

39 Lei nº 8.884/94, art. 35-B, § 9º e § 10.

comercial e pessoal pela delação dos co-infratores, além disso, sob a perspectiva da administração, assegura o êxito nas investigações.

Uma vez celebrado, o Acordo de Leniência passa a produzir efeitos nos moldes previstos pelo art. 35-C da Lei nº 8.884/94; há o impedimento do oferecimento da denúncia e, por outro lado, a suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva. Com o cumprimento do Acordo, porque observados os requisitos formais, há a extinção da punibilidade, nos termos do sobredito artigo, ou a redução das penalidades, nos termos do art. 35-B.

Nesse ponto, importa apreciar um possível questionamento quanto à constitucionalidade do Acordo de Leniência, decorrente do fato de que, embora seja celebrado no âmbito da investigação administrativa, produz reflexos no âmbito da persecução e da punibilidade criminais, sobre as quais não há entendimento uniforme.[40] Isso ocorre porquanto, no Brasil, a formação de cartéis é classificada a um só tempo ilícito administrativo e penal, sujeitos à ação pública incondicionada.

Há quem entenda que as autoridades administrativas, não integrantes do Poder Judiciário, não poderiam tomar as mais importantes decisões em matéria criminal, de forma isolada e automática. Ao analisar as provas obtidas, definir qual crime foi cometido, ponderar se a identificação dos co-autores foi adequada e, por fim, extinguir a punibilidade do ilícito penal, esses entes estariam afrontando o art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal, que dispõe sobre o princípio da reserva da jurisdição.

Consigne-se, nesse desiderato, que o deslinde da controvérsia exposta passa pela resolução do seguinte ponto controvertido: caso a infração noticiada constitua crime de ação penal pública, a SDE/MJ, a pedido do proponente, deverá ou não consultar o Ministério Público acerca da possibilidade de enquadramento nos regimes de delação previstos na legislação penal, haja vista a existência dos efeitos de extinção da punibilidade, a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento do oferecimento da denúncia.

---

40 A repressão administrativa ao cartel fica a cargo da SDE/MJ e do CADE. Participação subsidiária é atribuída à SEAE/MF. A repressão penal, por outro lado, conta com a máquina do Poder Judiciário, o qual pode se iniciar com o envolvimento da Policia Federal, a quem cabe investigar e do Ministério Público, titular da ação penal. Essa atuação multiorgânica tem a vantagem de somar esforços para fortalecer a repressão no contexto de uma articulação harmonizada, os agentes públicos têm a oportunidade de se auxiliarem mutuamente. Desvantagem, porém, provavelmente é gerada pelo possível atrito na articulação entre os vários agentes públicos. O custo dessa transação pode ser a dispersão de recursos – já escassos – e conseqüente o enfraquecimento da repressão. Isto porque, atuando em duas frentes repressoras, pode se vislumbrar imperfeições geradas por contradições na interpretação das condutas e na percepção a ofensividade o bem juridicamente tutelado.

À luz da previsão contida na Lei nº 10.149/00, seria possível realizar duas interpretações distintas, a saber: i) que a Lei teria atribuído à SDE/MJ a faculdade de firmar o Acordo de Leniência, o qual , na esfera administrativa, impediria o ingresso da ação criminal pelo Ministério Público[41]-[42]; e ii) que o consentimento do Ministério Público seria imprescindível para a realização do Acordo e para decretação da extinção da punibilidade.

A segunda interpretação, em príncipio, reputa-se mais adequada. Com efeito, faz-se imperiosa a cooperação entre a SDE/MJ, o Ministério Público Federal e Estadual e Polícia Federal[43], tanto para garantir que os proponentes do Acordo de Leniência tenham assegurado o efeito proveniente ato realizado em esfera administrativa com alcance na esfera judicial; quanto para garantir a condenação dos dirigentes e administradores das empresas que não assinaram o Acordo.

Dessa forma, apesar da Lei nº 10.149/00 não impor a participação do Ministério Público na realização do acordo, sendo os crimes contra a ordem econômica sujeitos à ação pública incondicionada, caberia ao Ministério Público dispor ou restringir a sua aplicação. Contrariamente, ter-se-ia um desestímulo a denunciação dos atos de concentração do mercado, uma vez que o denunciante só teria a certeza do perdão na esfera administrativa do CADE, mas não a garantia da extinção da punibilidade.

Vale destacar que a transação na esfera penal, realizada pelo Ministério Público, não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade, com a edição da Lei nº 8.072/90, art. 8º, § único, criou

41 Condiz com essa perspectiva a teoria segundo a qual a extinção de punibilidade criminal ocorrida no âmbito administrativo seria uma condição objetiva de punibilidade que impediria a propositura de ação penal, à semelhança da jurisprudência do STF quanto aos crimes de sonegação fiscal, em especial os elencados no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, que adaptou o delito de sonegação fiscal aos contornos da moderna dogmática penal, que não admite a incidência do tipo penal sobre fato que não causa efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado. Conforme Tourinho Filho: "Se compete privativamente às Autoridades Administrativas verificar a ocorrência do fato gerador da responsabilidade tributária, burlar-se-ia o princípio da independência das instâncias administrativas e penal se esta se instaurasse sem o esgotamento daquela." TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 1, p.631 e 632.

42 Dessa forma, assim como a Receita Federal é responsável para instaurar o processo fiscal e perseguir o crédito tributário, se for o caso, o CADE seria o responsável por verificar a ocorrência de abuso do poder econômico e agir no que lhe cabe, quer seja impondo sanções, quer seja abrindo mão da reprimenda porque mais lhe interessa uma visão mais ampla do que tem acometido negativamente o mercado. Cf. SANTOS, André Maciel Vargas dos. *O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal*. Eneas Correa, 2007. Disponível em: <http://www.eneascorrea.com/news/139/ ARTICLE/1248/2007-08-12.html>. Acesso em: 28 set. 2008.

43 ASDE e o Departamento de Polícia Federal, ambos do Ministério da Justiça, assinaram, no final do ano de 2007, um convênio para cooperação no combate a cartéis, que alcança o planejamento de operações, buscas e apreensões, as perícias e as análises de documentos e informações.

a figura da delação premiada[44] que é causa de diminuição da pena e extinção da punibilidade[45], tal como o Acordo de Leniência.[46]

Dentro do panorama traçado, de interação entre os integrantes do SBPC e Ministério Público, vale destacar o disposto no art. 30 da Portaria MJ nº 849, de 22 de setembro de 2000:

> Portaria MJ nº 849, de 2000.
>
> Art. 30. Se a infração noticiada ou sob investigação constituir crime de ação penal pública, a SDE, a pedido do proponente, consultará o órgão competente do Ministério Público acerca da possibilidade de seu enquadramento nos regimes de delação previstos na legislação penal, notadamente no Art. 13 da Lei nº 9.807, de 1999, ou ainda naquele estabelecido no parágrafo único do Art. 16 da Lei nº 8.137, de 1990. Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, a autoridade zelará pela preservação da identidade do proponente, salvo se sua revelação for autorizada previamente pelo mesmo.[47]

Destarte, tem-se que a atuação conjunta da SDE/MJ e o Ministério Público resguarda a observância dos preceitos de natureza constitucional e infraconstitucional firmados pelo ordenamento. A ativa atuação do Ministério Público na celebração do Acordo de Leniência, na condição de titular da ação penal pública incondicionada, afasta eventual afronta ao princípio da reserva da jurisdição. Isso porque, em se tratando ação

---

44 A delação premiada é regulada no Brasil por diversas leis: a Lei de nº 8.072/90 (Leis dos Crimes Hediondos), a de nº 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), a de nº 9.080/95 (acrescentou dispositivos à Lei dos Crimes de Colarinho Branco), a de nº 9.269/96 (acrescentou o art. 159, § 4º ao CP), a de nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a de nº 9.807/99 (Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas) e a de nº 10.409/02 (Nova Lei de Tóxicos), além da atenuante genérica já inserta no art. 65, inc. II, alínea *b*, do Código Penal.

45 A Lei nº 9.807/99 que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, prevê a possibilidade do juiz conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que colabore efetivamente.

46 Observe-se que, no caso da delação premiada, a pena não é reduzida automaticamente mediante acordo, sem prejuízo, o juiz observará o devido processo legal e a ampla atividade probatória. Diversamente, a extinção de punibilidade proveniente da realização do Acordo de Leniência ocorre de forma automática. O que não significa dizer que, por esse Instituto, o proponente aceita antecipadamente um pena. O que existe é uma adequação do agente econômico à legalidade, uma vez que a lei impõe a cessação do ato ilícito.

47 Embora essa Portaria tenha sido revogada pela Portaria MJ nº 4, de 5 de janeiro de 2006, entende-se que o parâmetro interpretativo dela extraído permanece incólume. BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n.º 849 de 22 de setembro de 2000. Aprova o regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico SDE deste Ministério da Justiça relativas à apuração de infrações à ordem econômica. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 set. 2000.

de penal incondicionada, a observância do princípio constitucional está sujeita ao conhecimento e avaliação prévia do Ministério Público, que examinará a existência dos requisitos autorizadores para a realização de Acordo e conseqüente extinção de punibilidade.

Dessa forma, os valores constitucionais, pelo envolvimento do titular da ação penal na realização do Acordo, restam atendidos, ainda que se garanta, aos particulares interessados em sua realização, a extinção de punibilidade.

Ainda relacionado à produção dos efeitos do Acordo de Leniência, cumpre delinear em que termos a competência do CADE é exercida. Segundo o Procurador-Chefe Substituto do CADE, Gilvandro Araújo, a competência do Conselho:

> 11. No ponto, não cabe a esta Procuradoria ou ao Conselho, nos presentes autos, qualquer análise a respeito da validade, cabimento e oportunidade na celebração do acordo de leniência.
>
> 12. Ao contrário de outros atos processuais, como o Termo de Compromisso de Cessação (art. 53 da Lei nº 8.884/94), a competência da União para celebrar acordo de leniência não é exercida *ad referendum* do CADE. A União, por intermédio da SDE é a única e última instância administrativa.
>
> 13. Enfim, a competência do CADE restringe-se a fixar a pena cabível (extinção total da punibilidade ou redução da pena de um a dois terços, na forma do art. 35-B, § 4º, II, da Lei nº 8.884/94). Art 35-B, § 4º: *A celebração do acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I- decretar a extinção da ação punitiva... II- nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis ...*
>
> 14. Com efeito, o acordo de leniência propicia sempre para os celebrantes do acordo o juízo da União sobre o seu cumprimento: i) cumpriu o acordo, o CADE irá extinguir a punibilidade ou reduzir a penalidade nos termos legais (art. 35-B, § 4º); ii) não cumpriu o acordo, consoante informado pela União, a pessoa física ou jurídica pode sofrer as penalidades da Lei nº 8.884/94, acaso juízo do Conselho referente às provas imponha essa perspectiva.
>
> 15. Quanto aos demais infratores, os quais não celebraram o acordo de leniência, o CADE ao apreciar as provas proferirá sua

> decisão de condenação ou não, como se dá em todos os processos administrativos (art. 30 e seguintes da Lei nº 8.884/94).[48]

No mesmo sentido, o Conselheiro Relator Abraham Sicsú acrescenta:

> [...] 23. No entanto, o momento final da comprovação dos benefícios pelo Conselho não deve ser entendido como mera chancela do juízo da União. Na verdade, trata-se do ato final que consubstancia a política pública de concorrência, com efeitos no campo jurídico e no campo dos incentivos. O efeito jurídico da materialização dos benefícios pelo CADE é aquilo que os beneficiários buscam desde o início da colaboração.
>
> 24. O efeito moral da decisão do CADE se espalha na comunidade empresarial e sinaliza muito fortemente no sentido de estimular novas delações. Assim, hoje é o primeiro passo na construção de reputação sólida para o programa de leniência no Brasil.[49]

Com efeito, constata-se que o legislador buscou disciplinar todos os aspectos relativos à sistemática do Acordo de Leniência. Todavia, nos três primeiros anos, não se realizou nenhum Acordo porque *(i)* se duvidava dos benefícios que poderia agregar à sistemática e *(ii)* se questionava sua compatibilidade com o ordenamento positivo.

Ressalte-se, no entanto, que esse contexto passou por uma forte transformação com a celebração do primeiro Acordo, porquanto esse permitiu a resolução, em grande parte, dos questionamentos suscitados. Por esse motivo, mister apreciar em que termos foi celebrado e quais os seus reflexos.

2.4 *LEADING CASE* – CASO DOS VIGILANTES

Em 29 de outubro de 2003, a SDE/MJ instaurou o Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10 contra 55 pessoas (representadas). A investigação direcionou-se à atuação de empresas que

48 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Procuradoria-Geral Federal. Da manifestação referente ao Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. *PARECER Nº 2007/PG/CADE*, protocolizada em 13/02/2007. Procurador Geral Substituto do CADE: Dr.Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, fls. 7774/7776 dos autos.

49 BRASIL. CADE. Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Relator: Abraham Benzaquen Sicsú. p. 8345, set. 2007.

estariam ofertando seus serviços de modo concertado em prejuízo de licitações públicas. Nesse sentido, relatou-se no mencionado processo:

> 92. O cartel iniciava suas atividades pelo menos em 1990. [...]
>
> 93. Mais tarde, em 1994, o cartel passava a ser formalizado, com a criação da Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul – ASSEVIRGS [que funcionava ativamente da coordenação do cartel], como demonstram as atas de reunião e o estatuto de fundação (fl. 49/59). A essa época, já funcionava em paralelo, um sindicado patronal, o Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado Rio Grande do Sul – SEVERGS, sucedido posteriormente pelo Sindicato das Empresas de Segurança Privada – SINDESP-RS.
>
> 94. À época, eram praticamente as mesmas pessoas que formavam o Sindicato e Associação, com diferença de apenas alguns sócios (fl. 5758). Havia reuniões todas as segundas-feiras na sede do sindicato, ocasião em que todas as empresas levavam os editas das licitações a ocorrer durante a semana, quando era decidido quem venceria e qual preço seria dado na licitação. A troca de propostas também se realizava por e-mails e envelopes trocados entre as empresas nas semanas que antecediam as licitações.
>
> 95. Nessas reuniões, também eram decididos casos especiais, como a definição de subornos a servidores públicos encarregados da elaboração do edital ou a criação da exigência de certidões negativas das empresas junto ao Sindicato para participar de licitações. Era o Certificado SEVERGS, documento usado como instrumento de coação à participação no cartel (fl. 5759; 5791). Também se exigiam altas quantias financeiras para que as empresas se filiassem ao sindicato patronal com vistas a compensações futuras com os lucros do cartel.
>
> 96. Nos contratos para empresas privadas, quando da tomada de preço, os prestadores se reuniam com os demais membros do cartel para decidir qual o preço a ser oferecido. Nos contratos públicos, o cartel escolhia a empresa que venceria a licitação por meio de sorteio feito por diversos meios, em conformidade com o porte da licitação. A lógica era de rodízio de acordo com as horas de trabalho

dos vigilantes de cada contrato, de modo a ocorrer uma divisão equilibrada.[50]

Consigne-se que a maioria das provas obtidas na descrição realizada foi obtida graças à realização, em 8 de outubro de 2003, do primeiro Acordo de Leniência da história do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o qual, por sua vez, viabilizou a instauração do mencionado processo administrativo. Os proponentes do Acordo apresentaram à SDE uma relação dos nomes das pessoas e empresas envolvidas no cartel. Tais provas, juntamente com a análise técnica elaborada pela SEAE/MF, permitiram delinear o mercado relevante[51] e comprovar a existência do cartel[52].

50 BRASIL. CADE. Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Relator: Abraham Benzaquen Sicsú. p. 8356, set. 2007.

51 A SEAE/MF definiu como mercado relevante, na hitpótese, o "mercado" de serviços de vigilância em prédios públicos no Estado do Rio Grande do Sul. O Ministro Relator Abraham Sicsú, ratificando o posicionamento da Secretaria, destacou, ainda, a existência de um mercado relevante temporal formado pela própria licitação, que estabelece as características do produto e limita o número de concorrentes efetivos. Para o caso concreto, indicou-se que os mercados relevantes são formados por cada uma das licitações de serviços de vigilância objeto de investigação. Considerando que a divisão de mercado ocorre de maneira prévia ao próprio processo licitatório, é de se convir que exista um cartel para dividir as licitações. No que concerne às características do mercado, constatou-se que existem características que favorecem a manutenção de prática cartelizadora. Isto porque, o número de empresas participantes das licitações investigadas é reduzido (apesar da existência de 72 empresas, poucas atentem os requisitos necessários para participação de licitações públicas) e o serviço ofertado é bastante homogêneo, porquanto seja cotado nas licitações por hora de trabalho. Soma-se a esse contexto de barreiras à entrada, o fato que as empresas integrantes do cartel impunham uma punição as empresas caso não aderissem à colusão. Cite-se, como exemplo, a realização de denúncias ao INSS, à Receita Federal e a prática de dumping. Nesse contexto, porque o conluio realizado tinha aptidão para limitar a concorrência restou caracterizada a prática do cartel. Cf. BRASIL. CADE. Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Relator: Abraham Benzaquen Sicsú. p. 8350-8358, set. 2007.

52 A SDE/MJ demonstrou e o CADE confirmou a existência dos seguintes elementos fáticos comprobatórios da colusão: i) a empresa Rota-Sul saiu vencedora de todas as 14 licitações analisadas; ii) em pelo menos 11 licitações, somente a Rota-Sul tinha representante credenciado presente na sessão de habilitação; iii) embora tenham ocorrido 15 inabilitações, não houve recurso apresentado pelas empresas não habilitadas; iv) houve inabilitações decorrentes do não preenchimento de formulários; v) em 07 licitações não houve nenhuma empresa habilitada e classificada, senão a Rota-Sul; vi) não há uma abertura de propostas em que haja representante credenciado de outra empresa que não seja a Rota-Sul; vii) todas as 35 desclassificações ocorridas nas 14 licitações ocorreram por não ter havido proposta ou por apresentação de preço excessivo. Com fulcro nas mencionadas características, a SEAE considerou que o cartel no mercado em comento operacionaliza-se mediante duas práticas, *bid supression* e *complementary bidding*. O *bid supression* baseia-se na exclusão de concorrentes, de forma concertada, em que um ou mais competidores deixam de apresentar proposta, ou as retira em tempo hábil, a fim de beneficiar uma firma previamente determinada. O *complementary bidding*, por outro lado, é verificado quando os concorrentes combinam o oferecimento de propostas com preços mais elevados, ou condições desarrazoadas, para beneficiar a empresa escolhida

Haja vista o preenchimento dos requisitos necessários para celebração do Acordo de Leniência[53], o Conselheiro Relator indicou, e os demais Conselheiros confirmaram por unanimidade, a aplicação dos benefícios aos proponentes – Vigilância Antares e Rubem Oreli –, extinguindo quanto a esses a ação punitiva da administração pública e declarando-lhes inaplicáveis outras penalidades. Quanto a Alexandre Luzardo, também proponente, considerou-o ser inimputável, em razão de sua condição de gerente-empregado.[54] Quanto às demais empresas, porquanto comprovada a intenção dos agentes e a produção dos efeitos de falseamento completo do processo competitivo, imputou-se a infração a ordem econômica.[55]

Ademais, o CADE impôs multas a 16 empresas que variam de 15 a 20% sobre faturamento obtido no ano de 2002, aos executivos das empresas condenadas e às três associações de classe. A quantia total dessas multas foi superior a R$ 40 milhões. Além disso, as empresas foram proibidas de participar em licitações por cinco anos, incluindo qualquer forma de contratação emergencial, bem como a proibição de prorrogação de contratos.

No âmbito da persecução criminal, ocorreu intensa cooperação entre a SDE/MJ e o Ministério Público, que resultou na instauração de procedimentos criminais, inclusive contra as pessoas físicas envolvidas. Essa atuação é comprovada pela descrição contida nas alíneas 12 e 13 do Acordo de Leniência celebrado, as quais asseveram que os proponentes colaboraram com as investigações conduzidas pela SDE/MJ e o Ministério Público Estadual, o que viabilizou a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa. Ao final, expressamente, o Ministério Público declarou que, tendo os proponentes cumprido os

pelo grupo para vencer o certame. Por vezes, as empresas acordam em submeter preços inferiores, mas sem atendimento aos parâmetros técnicos exigidos pelo órgão contratante. Nessa situação, as empresas fornecem propostas simbólicas, dando aparência de que efetivamente estão participando do certame.

53 Embora os representados tenham alegado que já havia notícias que evidenciavam a prática do aludido cartel quando da celebração do Acordo de Leniência, importa salientar que a SDE/MJ não dispunha de provas suficientes para assegurar a condenação dos representados, conforme a alínea 13 do Acordo realizado. Desse modo, considerando que cumpre à essa Secretaria o juízo quanto à suficiência ou não de provas, uma vez asseverada a insuficiência, faz-se legítima a realização do Instituto.

54 Por maioria, o Plenário determinou o arquivamento do presente processo com relação ao Representado Alexandre Luzardo da Silva. Vencidos, nesse tocante, o Conselheiro Schuartz e a Presidente, que votaram pela condenação, deixando, porém, de aplicar a pena, em razão da extinção da punibilidade. Declarou-se impedido o Conselheiro Rigato.

55 A conduta das empresas e pessoas físicas foi enquadrada no art. 21, inc. I e VIII, da Lei nº 8.884/94, que tratar da fixação concertada de preços de prestação de serviços. A conduta dos sindicatos e da associação foram configuradas no art. 21, inc. II, que trata de obtenção e influência na adoção de conduta comercial uniforme ou concertada. Ressalve-se a absolvição de cinco empresas por ausência de provas.

termos do Acordo, fariam *jus* aos benecífios dos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99.

A resolução do caso em concreto, nos termos descritos, constitui uma amostra da eficácia do Instituto como instrumento viabilizador e assegurador da concorrência. Para a SDE/MJ, o Acordo tem sido extremamente importante para os esforços no combate aos cartéis. Corroborando esse entendimento, o Ministério da Justiça constatou que:

> Aproximadamente 10 acordos de leniência foram assinados desde 2003, e outros estão sendo negociados atualmente, incluindo com membros de cartéis internacionais. Como reflexo disso, o número de mandados de busca e apreensão tem aumentado significativamente: de 2003 a 2005, 11 mandados foram cumpridos e 2 pessoas foram temporariamente presas, em 2006, 19 mandados foram cumpridos, e, em 2007, 84 mandados foram cumpridos e 30 pessoas foram temporariamente presas por suspeita de participação no ilícito de cartel.[56]

Nesse sentido, consoante destacado, os reflexos positivos auferidos pelo *leading case* – celebração do primeiro Acordo de Leniência – alcançaram toda a sistemática de investigação antitruste, na medida em que o caso estabeleceu um novo paradigma para a investigação das infrações à ordem econômica.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de uma dificuldade vestibular de implementação da Lei nº 8.884/94, ilustrada pela carência crônica de recursos na proteção da política da concorrência e o excesso de fragmentação dos órgãos de defesa, exsurge um comprometimento material em se obter uma rápida punição às infrações à ordem econômica e superar a ineficácia dos instrumentos repressivos.

Dentro desse cenário marcado por incertezas e baixos índices de condenação, emerge o Acordo de Leniência como um instrumento persecutório expedito e de baixo custo. [57] Entretanto, apesar de ter sido

56 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Condutas anticompetitivas*. Brasilia. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C765 1A10B74C 32PTBRIE.htm>. Acesso em: 22 set. 2008.

57 Do ponto de vista econômico, a medida se mostra eficiente, porquanto viabiliza o crescimento da instabilidade do cartel ao estimular a delação. O prêmio pela colaboração aumenta a probabilidade de punição, reduz as vantagens econômicas

inserido no ordenamento jurídico em dezembro de 2000, o primeiro Acordo de Leniência somente foi realizado em outubro de 2003 e, em setembro de 2007, ratificado integramente pelo CADE.

Poder-se-ia atribuir essa inicial timidez à falta de consciência da plena ilicitude, à falta de vontade efetiva de agir de acordo com a lei, e à inexistência do receio real de punição. As duas primeiras causas podem ser atribuídas a uma situação cultural: diz-se que o brasileiro vê a delação como algo pior até do que a infração. Todavia, é exatamente a inexistência do receio real de punição que leva à dificuldade de aplicação do Acordo de Leniência. Um empresário só se apresenta à autoridade para confessar sua participação em um cartel se tem a razoável certeza de que está na iminência de sofrer punição por esta participação, e mais, que essa punição será severa o suficiente para que as vantagens obtidas com a manutenção do cartel sejam abandonadas.

Com efeito, a modificação esperada quando da inserção do Acordo de Leniência no ordenamento, só ocorre a partir a celebração do *leading case*, que abrandou as dúvidas instauradas no momento inaugural. Por esse motivo, o ano de 2003 é considerado pelos órgãos antitruste como marco temporal em que o Brasil priorizou o combate aos cartéis.[58]

Portanto, a partir de 2003, a utilização de ferramentas de investigação mais sofisticadas pela SDE/MJ, a imposição pelo CADE de multas recordes às empresas e aos administradores considerados culpados pela prática de cartéis, e a intensa cooperação da SDE/MJ com os Ministérios Públicos e a Polícia Federal na persecução criminal passaram a ser características presentes na política da concorrência.

O caso relativo ao cartel dos vigilantes é paradigmático na media em que permitiu conferir maior clareza e previsibilidade quanto aos termos de realização do Acordo de Leniência e seus efeitos, além de ter firmado esse Instituto como eficiente instrumento de investigação, repressão e prevenção às infrações à ordem econômica.

A eficiência do Acordo de Leniência, sob a perspectiva da filosofia utilitarista, pode ainda ser auferida pela análise da relação

da infração, e facilita a obtenção de provas que dificilmente seriam obtidas por outra forma, dado ao caráter clandestino e sutil como as infrações à concorrência ocorrem.

58 No Brasil, até setembro de 2006, cinco acordos de leniência haviam sido assinados. Posteriormente ao AL n º1/03, a SDE, em maio de 2004, iniciou a investigação no setor químico a partir de informações de acordo. Em janeiro de 2006, a União celebrou Acordo de Leniência com o ex-diretor comercial de uma das empresas investigadas no caso do suposto cartel no processamento de laranjas. BRASIL. CADE. Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Relator: Abraham Benzaquen Sicsú. p. 8343, set. 2007.

custo/benefício. Desse modo, o Instituto será útil na medida em que se comprove que os efeitos nocivos gerados por sua celebração não superem os efeitos do mal combatido.

Observe-se que a realização do Acordo proporciona, dentre outros efeitos positivos, a cessação imediata da prática, a desconstituição da colusão da prática do cartel e a responsabilização da maioria dos participantes pelos danos até então causados. Desvantagem, porém, exsurge com a "impunidade" que passa a gozar o delator, embora seja um dos participantes da conduta coordenada.

Finalmente, pode-se afirmar que, considerando a grande dificuldade de comprovação da existência dos ilícitos concorrenciais, a infração à órdem econômcia dificilmente seria detectada e os danos gerados reparados sem a utilização desses Acordos. Dessarte, da premissa estabelecida pelo marco teórico – de que importa obter o melhor custo/benefício social – associada aos resultados práticos obtidos pelo Acordo – observados pela análise do *leading case* brasileiro –, constata-se que o Acordo de Leniência é instrumento de investigação antitruste eficaz e consolida a política pública econômica de defesa da concorrência, principalmente no que concerne à desarticulação e condenação de cartéis.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Procuradoria-Geral Federal. Da manifestação referente ao Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. *PARECER Nº 2007/PG/CADE*, protocolizada em 13/02/2007. Procurador Geral Substituto do CADE: Dr. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, fls. 7774/7776 dos autos.

BRASIL. CADE. Cartel em serviços de vigilância privada para licitações no RS. Acordo de Leniência. Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Relator: Abraham Benzaquen Sicsú. p. 8338/8389, set. 2007.

BRASIL. CADE. Uso de tabela de honorários médicos. Adoção de conduta comercial uniforme. Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33, Relator: Abraham Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. jan. 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20 de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 jun. 1999.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n.º 849 de 22 de setembro de 2000. Aprova o regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico SDE deste Ministério da Justiça relativas à apuração de infrações à ordem econômica. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 set. 2000.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n.º 4 de 5 de janeiro de 2006. Regulamenta as diversas espécies de processos administrativos previstos nos arts. 26, caput; 26, § 5º; 26-A; 30; 32; 35, § 2º; 35-A; e 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com as alterações determinadas pela Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995 e Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, para apuração, prevenção ou repressão de infrações contra a ordem econômica, no âmbito da Secretaria de Direito Econômico, e revoga a Portaria MJ nº 849, de 22 de setembro de 2000, Portaria SDE nº 05, de 25 de setembro de 1996, Portaria SDE nº 15, de 22 de abril de 2004 e Portaria SDE nº 16, de 26 de maio de 2004. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 jan. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CONTE, Philippe. *Diritto penale e concorrenza*. In: *Rivista Timestrale Di Dirito Penale Dell'economia*, v. XII, n. 4.

EVENETT, Simon and Levenstein, Margaret C.; Suslow, Valerie Y. (2001), *International cartel enforcement: lessons from the 1990s*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=26574>.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Formas de abuso de poder econômico. In: *Revista de direito mercantil*, vol. 66, p. 41, abril-junho 1987.

GRINBERG, Mauro. *Programas de Leniência*. Rio de Janeiro: 2001. Apresentado no Seminário internacional: Condutas e Práticas Infrativas à Ordem Econômica. Não publicado.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; PEREIRA, Edgard Antônio; SILVA, Eleni Lagroteriada. Denunciação de práticas anticompetitivas. In: *Revista de Direito Econômico*, ano I, nº 26, p.47-62, Ago/Dez 1997.

MARLAD, Neide Teresinha. *O Cartel*. In: *Revista de Direito Econômico*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade. nº 21, outubro/dezembro 1995.

MATSUURA, Lilian. *Concorrência desleal:* cartel é a infração mais praticada pelas empresa. Consultor Jurídico, 2006. Disponível em: <http://www.conjur.estadao.br>. Acesso em: 22 set. 2008.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Governo reforça medidas contra os cartéis. Brasília: 2000.* Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br /portugues/releases/2000/r000811.html>. Acesso em: 22 set. 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate a Cartéis e Programa de Leniência. Brasília: 2008. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/File Download.EZTSvc .asp?DocumentID=%7B1CA84DF6-D84B-486E-9EACA956F7194D2B%7D&Ser vice InstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>. Acesso em: 29 set. 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Condutas anticompetitivas***.** Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA 0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>. Acesso em: 22 set. 2008.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da Concorrência.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, André Maciel Vargas dos. *O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal.* Eneas Correa, 2007. Disponível em: <http://www.eneascorrea.com/news/139/ARTICLE/1248/2007-08-12.html>. Acesso em: 28 set. 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo***.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PAMPLONA, Juliana Faria. *A importância do conceito de mercado relevante na análise antitruste.* Belo Horizonte: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2337>. Acesso em: 28 set. 2008.

CONCURSO PÚBLICO E MERITOCRACIA. PARÂMETROS PARA UMA ANÁLISE JURÍDICA

Luiz Felipe Cardoso de Moraes Filho
Advogado da União
Coordenador de Ações Trabalhistas

SUMÁRIO: Introdução; 1 Definição, valores e aspectos histórico e social; 2 Princípios jurídicos gerais aplicáveis aos concursos públicos; 3 O mérito na prática democrática e alguns problemas atuais sobre concurso público; 4 A análise jurídica do concurso público e a necessária integração consultivo contencioso na advocacia pública; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O concurso público para provimento de cargos públicos é tema de extrema importância jurídica atualmente, em razão de seu alto valor democrático, pois é o principal sistema meritocrático existente no Brasil e por ser amplamente adotado, em função da sua obrigatoriedade prevista no art. 37, II, da Constituição Federal de 1988.

Apesar da sua importância jurídica, política, econômica e social, não há legislação infraconstitucional específica, o que contrasta com a farta jurisprudência existente, nem obrigatoriedade de análise jurídica de seu procedimento pela advocacia pública federal.

O procedimento do concurso não deve diferir das demais espécies de licitação pública, e sua análise jurídica deve ser feita principalmente com base nos princípios constitucionais concernentes à Administração Pública, ante a ausência de norma específica, buscando-se sempre garantir a meritocracia inerente ao sistema e tendo como parâmetro a rica jurisprudência acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso Público. Meritocracia. Democracia. Análise Jurídica. Princípios Constitucionais. Advocacia Pública.

ABSTRACT: The public contest to hire civil servants is a matter of great legal significance today because of its high democratic value, as it is the main meritocratic system existing in Brazil and is widely adopted, according to its obligation under article 37, II, of the Constitution of 1988.

Despite its legal, political, economic and social significance, there is no specific legislation, which contrasts with the abundant case law, and also no act that determine a legal analysis of your procedure by the federal public advocacy.

The open tender procedure shall not differ from other kinds of public bidding, and its legal analysis should be made mainly on the basis of constitutional principles concerning to the public administration, due to the absence of a specific legislation, seeking always to ensure meritocracy in the system and using the rich case law about the subject.

KEYWORD: Open Tender. Meritocracy. Democracy. Legal Analysis. Constitucional Principles. Public Advocacy.

INTRODUÇÃO

O concurso público é hoje um dos principais instrumentos democráticos existentes no nosso país e possivelmente uma das maiores contribuições do Direito Administrativo ao Estado Democrático de Direito[1]. Por se tratar de um sistema notadamente meritocrático, permite que qualquer cidadão ingresse no serviço público, desde que reúna as condições materiais exigidas para o cargo ou emprego público, observando e materializando, dessa forma, o princípio da igualdade. O concurso público, como ferramenta para uma gestão eficiente, inaugura a passagem de uma administração burocrática para uma administração gerencial[2], pois o cerne da gestão volta-se para o servidor, para a qualidade de serviços e para a melhoria dos resultados.

A despeito de sua importância econômica e social, existe pouca investigação científica relativa ao fenômeno social do concurso público, o que se reflete na escassa literatura jurídica sobre o assunto, bem como não mereceu do Legislativo uma normatização infraconstitucional específica, ficando a cargo do Judiciário resolver as inúmeras e crescentes demandas judiciais relativas ao tema com base exclusivamente nos preceitos constitucionais.

Também por parte da Administração Pública verifica-se um certo despreparo e descaso com relação aos concursos. Salvo raras exceções, os editais sequer são submetidos a uma análise jurídica prévia, tal qual ocorre com as licitações públicas, possivelmente diante da ausência de uma norma específica que determine tal análise, o que prejudica não só a lisura do procedimento, mas permite que sejam cometidas arbitrariedades incompatíveis com o sistema concorrencial em apreço.

Por outro lado, o concurso público move uma verdadeira indústria a seu redor, constituída, entre outros, de cursos preparatórios, editoras, livrarias e instituições que se especializaram em realizar concursos. Essa parcela da economia nacional é condizente com o número expressivo e crescente de pessoas que buscam uma vaga nos quadros estatais, sendo certo que em tempos de escassez de empregos, que é uma tendência mundial, uma vaga pública se mostra atrativa especialmente pela segurança financeira e estabilidade que proporciona.

O direito ao trabalho é um direito fundamental, sendo também o acesso ao trabalho público um direito fundamental, talvez ainda mais

1 CALHAU, Lélio. Bancas examinadoras de Concurso Público. In*: Revista Jurídica Consulex*, ano IV, Vol. I, p. 56-9, março 2000.

2 PITROWSKY, Marcia. Concurso Público: uma ferramenta para gestão eficiente. In*: Revista de Administração Municipal*, ano 52, n. 260, p. 5-12, outubro/novembro/dezembro 2006.

relevante, pois além do direito social em questão, implica também em um direito político, ao permitir que o cidadão participe efetivamente da esfera administrativa do Estado. Como salienta o Prof. Almiro do Couto e Silva[3], o direito a concorrer a uma vaga no serviço público é um direito fundamental relacionado às garantias típicas do princípio democrático, o que é ratificado por outros autores como Márcio Silva Fernandes[4], que ainda acrescenta que o art. 37, inciso II, é cláusula pétrea, por se referir a direito individual de toda a população.

1 DEFINIÇÃO, VALORES E ASPECTOS HISTÓRICO E SOCIAL

O concurso público é um procedimento administrativo destinado ao provimento de cargos ou empregos públicos mediante uma avaliação de mérito. O nome origina-se do latim, *concursus*, que significa corrida, convergência. Tem suporte constitucional específico, além de guardar consonância com diversos princípios constitucionais, entre eles o que garante o amplo acesso ao serviço público e o princípio da isonomia. Além disso, o seu conceito mostra-se compatível com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que em seu artigo XXI idealiza uma participação popular dos cidadãos no governo do seu país e o amplo acesso aos serviços públicos.

O concurso público não deixa de ser uma espécie de licitação, portanto, está adstrito ao atendimento dos mesmos princípios administrativos e deve seguir uma rotina procedimental comum, posto que não se submeta à Lei de Licitações e Contratos, com a existência de uma fase interna e outra externa (após a publicação do edital), direito de recurso aos candidatos, publicação da classificação e dos demais atos de interesse dos concorrentes, entre outros. O Ministério do Planejamento editou uma portaria[5] que trata de concurso público, sendo a única fonte normativa infraconstitucional sobre a matéria, sendo que alguns autores defendem a sua inconstitucionalidade, em razão de seu caráter autônomo, como Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz[6],

3 SILVA, Almiro. Correção de Prova de Concurso Público e Controle Jurisdicional. p. 13-30. In: WAGNER JUNIOR, Luiz (org.). *Direito Público Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

4 FERNANDES, Márcio. O concurso público como corolário do princípio da igualdade. p. 17-28. In: *Caderno Aslegis*, Brasília, vol. 11, setembro-dezembro 2007.

5 Portaria MP 450/2002.

6 MAIA, Márcio; QUEIROZ, Ronaldo. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

além de incidir apenas sobre o Executivo Federal, ser muito sucinta e não emprestar ao tema a relevância que possui.

No Brasil, a obrigatoriedade do concurso público foi uma iniciativa exclusiva do próprio Poder Público, não deriva, dessa forma, de uma vontade soberana popular que reclamava uma participação igualitária na Administração Pública. Pelo contrário, por ser um sistema meritocrático, o qual não guarda sintonia com a cultura nacional que não é meritocrática, o concurso público seguiu uma verdadeira *via crucis* para se impor como principal sistema de provimento de cargos e empregos públicos, sendo que ainda hoje é constante a tentativa de burla a ele, assim como são criadas inúmeras maneiras de afastá-lo, como contratações temporárias, nomeações em cargo em comissão, terceirizações de serviços, entre outros. Todos esses exemplos são constantes na história do concurso público no país, sendo que um dos seus principais idealizadores e defensores, Rui Barbosa, ressentia-se da constante tentativa de impedir que fosse institucionalizado um sistema sério e igualitário de provimento de cargos públicos, ao passo em que recebia inúmeros pedidos de parentes, amigos e políticos almejando um emprego na Administração. Em suma, a cultura do homem cordial brasileiro[7], em que se confunde o público com o privado, não seria o campo propício para a institucionalização dessa forma de prover os cargos públicos, entretanto, a despeito de todas as barreiras culturais, o concurso é hoje uma realidade e tem perspectiva duradoura, especialmente pelo seu caráter democrático e materializador de diversos princípios constitucionais de relevo.

A primeira constituição brasileira, outorgada ainda durante o período imperial, já trazia uma forma embrionária de concurso público, quando dispunha que os cargos e empregos públicos seriam destinados às pessoas exclusivamente em função de suas virtudes e talentos[8]. Já se buscava, dessa forma, instituir um sistema meritocrático de provimento de cargo público, mas não passava de mero conceito, pois na prática as nomeações eram feitas ao talante do administrador, que por sua vez eram nomeados pelo Imperador. Depois, a legislação infraconstitucional tentou introduzir o concurso público como forma de prover os cargos públicos, mas a falta de uma previsão constitucional

7 BUARQUE DE HOLANDA, S. *Raízes do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

8 Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824): "Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...] XIV. Todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes."

clara, somada à relutância cultural de privatizar o espaço público, impediram o sucesso a contento dessa empreitada. Somente em 1937 é que o concurso público alcançou expressamente o *status* constitucional, mas seguiu-se na prática o seu constante afastamento, principalmente porque os dispositivos constitucionais permitiam também outras formas de provimento, pois o concurso não era a regra geral. De qualquer maneira, a previsão constitucional deu força ao instituto, bem como angariou fortes defensores doutrinários e legislativos, sendo que recebeu tratamento especial da atual constituição, eliminando-se as outras formas de provimento e permitindo que o concurso público se firmasse no país.

No âmbito da constituição que precedeu a atual, inserida dentro de um contexto político autoritário, as tentativas de afastar o concurso público se centravam na dúvida existente no texto constitucional sobre a necessidade ou não de uma lei federal, tendo o Supremo analisado diversas vezes o tema, como foi objeto de artigo do atual Ministro Gilmar Mendes[9], sendo interessante observar que já havia algumas citações sobre o *merit system*, especialmente em uma decisão do então Ministro Francisco Rezek sobre concurso público. Ou seja, até a Constituição Cidadã, o texto constitucional era muito flexível quanto à adoção obrigatória do concurso público.

Tudo indica que o concurso público surgiu na China, uma vez que já é adotado nesse país há mais de mil anos, mas precisamente em 206 a.C. inclusive para provimento até de cargos políticos, em um sistema complexo e bastante respeitado, que durou até 1912.[10] Entretanto, há poucos relatos no mundo ocidental sobre o concurso nesse país, sendo certo que o Brasil buscou inspiração no Direito Francês, que possui uma forte tradição no Direito Administrativo e também adota o concurso público como regra geralpara provimento de cargos públicos. É interessante notar que os Estados Unidos, país de cultura essencialmente meritocrática e propaladora da democracia, não utilize o concurso público como meio de acesso dos cidadãos aos cargos públicos, entretanto as formas adotadas por esse país, que se baseiam mais em entrevistas e análises curriculares, também nos parece ser uma forma isonômica de preenchimento de vagas no setor público, muito mais se considerarmos também a doutrina religiosa protestante como

9 MENDES, Gilmar. O princípio do concurso público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. p. 163. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 25, vol 100. p. 163-174, outubro-dezembro 1988.

10 Cf. BARBOSA, Lívia. *Igualdade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas*. vol. I, 4.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 29.

marco ideológico[11] . No Japão, país em que as tradições e o sentimento de grupo é muito forte, e que privilegia a senioridade e a experiência à meritocracia, a seleção de pessoas para preenchimento de empregos, quer sejam de natureza pública ou privada, levam em conta a aprovação e classificação no vestibular, que tem uma forte semelhança com o concurso público, já que ambos institutos são concorrenciais seletivos, mas a seriedade em que os japoneses tratam a coisa pública impede contaminar as entrevistas e análises curriculares que se seguem ao preenchimento da vaga posteriormente[12].

2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS GERAIS APLICÁVEIS AOS CONCURSOS PÚBLICOS

A ilustração de direito comparado feita no capitulo anterior é interessante para observar que o concurso público deriva de uma experiência nacional própria, com conceitos e procedimentos aplicáveis apenas no nosso país, mas que guardam semelhanças principiológicas indissociáveis com as outras formas adotadas alhures, sendo certo que todas estão inseridas numa ótica que valoriza o desempenho, o talento e as virtudes dos potenciais candidatos, uma forma igualitária de promover o acesso laboral ao serviço público.

Por isso a descrição das atividades que serão desempenhadas pelo futuro servidor público é tão importante nesse processo, pois ela permitirá que a banca examinadora elabore questões que tenham correlação com essas atividades, como forma de melhor selecionar os candidatos mais aptos, ou seja, aqueles que possuam conhecimentos e capacidades estreitamente ligadas às funções públicas que serão desenvolvidas. Somente uma descrição minuciosa das atividades permite a confecção de exames próprios para o cargo público em referência, permitindo a concretização dos princípios da isonomia e da meritocracia, que são os principais condutores do concurso público. Dessa forma, a análise jurídica do edital de concurso deve zelar para que fiquem bem descritas as atividades que serão desenvolvidas pelo servidor, pois estas serão o instrumento indireto para auferir a capacidade de cada um dos candidatos.

Além disso, a igualdade também deve ser vista pela perspectiva legal, isto é, como uma igualdade existente na própria lei, como por exemplo a razoabilidade de uma discriminação feita pela norma. Enquanto a isonomia dirige-se ao aplicador legal, que só pode

11 BARBOSA, op. cit.

12 BARBOSA, op. cit.

discriminar segundo a lei, a igualdade na lei dirige-se ao legislador, que só pode criar distinções se forem plenamente justificáveis e se tiverem como propósito exatamente a igualdade material. De qualquer forma, o resultado de ambas concepções é o mesmo, sendo que a adoção de critérios restritivos de participação nos concursos públicos, bem como de classificação, como idade, sexo, só podem ser aceitos desde que sejam justificáveis em relação à função a ser exercida[13].

A igualdade deve ser perseguida em todas as etapas do concurso, mormente na convocação dos candidatos selecionados, o que muitas vezes não é observado na prática, como aponta Maria Magdala de Barros[14] na questão dos portadores de deficiência quando ficam classificados em lista apartada, sendo que alguns concursos, de forma arbitrária e injustificada, condicionam o chamamento de, por exemplo, 20 candidatos da classificação geral para cada especial. Apesar da existência de dispositivos legais e constitucionais sobre o tema, como o próprio Regime Jurídico Único dos Servidores e o Decreto n. 3298/99, que regulamenta a Lei 7.853/89, algumas questões de ordem prática, como a acima citada, não se encontram resolvidas, e que demandariam uma melhor análise no caso da criação de uma norma geral sobre concursos públicos.

Os casos de política de igualdade afirmativa, que é um dos fenômenos da multiplicação dos direitos do homem investigada por Bobbio[15], possui algumas previsões constantes da atual constituição, como o acima citado exemplo de preenchimento de vagas por portadores de necessidades especiais, assim como podem ser criados no futuro outros sistemas de cotas para um determinado concurso, ou mesmo de forma geral para todos os concursos. Mesmo assim, essas iniciativas dependem de prévia justificativa e autorização legal e devem ser feitas de forma parcimoniosa, sob pena de prejudicar a própria atividade pública, que não contará necessariamente com os melhores profissionais. De qualquer sorte, por se tratar de uma questão de política pública, é desejável para a sociedade a adoção dessas honrosas exceções, que se feitas de forma responsável não inviabilizam o serviço público nem se prestam a desmoralizar o instituto do concurso público.

Outra questão de extrema importância para uma análise jurídica de um procedimento de concurso público é a questão da publicidade.

---

13 BELLO, Raquel. O princípio da igualdade no concurso público. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, vol 131, julho-setembro 1996.

14 BARROS, Maria. Portadores de Deficiência e o Concurso Público. p. 22-24. In: *Boletim dos Procuradores da República*, ano IV, n. 45, janeiro 2002.

15 Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Em cidades como Brasília, onde se respira concurso, a publicidade dos concursos é feita até mesmo de forma espontânea, tendo em vista a existência de endereços eletrônicos que mantêm os candidatos sempre bem informados, que por sua vez refletem a mencionada indústria de concursos existente. Entretanto, o concurso público é realizado, ou deveria ser, em todos os municípios brasileiros, sendo que uma das principais forma de garantir a lisura do procedimento é ampliar a participação dos administrados, o que só é possível com a constante e ampla comunicação dos atos referentes ao concurso, que informem sobre todas as características relevantes do concurso, como o número de vagas, o perfil profissional buscado e os procedimentos de inscrição no certame.

A informação deve vir de todas as formas de telecomunicação existentes, internet, celular, televisão, jornais, bem como de campanhas publicitárias onde houver regiões em que se verifique pouca participação popular, ainda que se saiba, frente à realidade brasileira, que esse pouco interesse no concurso advenha possivelmente de outras razões.

É curioso notar que a internet é hoje um dos principais meios de comunicação existente, mas que a Administração Pública teima em não utilizá-la a contento, o que não ocorre com os concursos públicos, pelo menos no âmbito da União, pois observa-se que são um dos poucos assuntos destacados e veiculados constantemente nesses domínios virtuais.

A publicidade permite a participação popular no procedimento administrativo destinado ao preenchimento de vagas no serviço público. Ela serve como um canal de comunicação entre a Administração e os administrados e não pode de forma alguma ser restrita, sob pena de macular o procedimento de forma irretratável, conduzindo à sua anulação por vício absoluto. Somente com a publicidade é que os administrados terão conhecimento dos termos editalícios e, assim, poderão impugná-los, garantindo a participação cidadã e permitindo a fiscalização pública, que redunda, sob outra perspectiva, no aprimoramento e aperfeiçoamento do procedimento. Como cada concurso possui peculiaridades próprias, assim como os fenômenos sociais, a participação popular, que só é possível com a ampla publicidade dos feitos relativos ao concurso, é que possibilitará a conformação do procedimento aos objetivos públicos e à satisfação dos candidatos.

Para ser ampla, a publicidade deve ser feita de forma a atingir o público alvo, no caso toda a coletividade, uma vez que, em princípio, todos podem participar dos concursos. Mesmo quem não queira participar, ou mesmo não tenha interesse direto no processo de seleção, tem o direito de ter conhecimento de todos os procedimentos instaurados, bem como

de se insurgir contra atos que entenda irregular, pois é um interesse do cidadão que o preenchimento de vagas nos concursos seja feito de forma isonômica, o que garantirá uma melhoria dos serviços públicos que ele usufruirá, uma vez que um serviço público de qualidade só é alcançável com profissionais gabaritados e com capacidade certificada para o trabalho que será desenvolvido, que, a seu turno, só será garantido com uma escorreita realização procedimental. Assim, o papel do administrado é de fundamental importância para a condução dos trabalhos da Administração concernentes ao concurso, do mesmo modo que um certame bem realizado é de importância ímpar para a vida do administrado, já que terá repercussão direta na qualidade do serviço público que lhe será prestado. Logo, a publicidade não pode ser vista apenas como um empecilho retardador do procedimento relativo ao concurso, mas sim como uma ferramenta indispensável de ampliação da participação democrática no certame.

Em razão do acima mencionado fenômeno mundial de escassez de empregos, a aprovação em um concurso público é motivo de muita preocupação para diversas pessoas, que se preparam durante anos visando a obtenção de um cargo público, refletindo um drama na vida dessas pessoas a não-realização de suas aspirações, o que só aumenta a responsabilidade dos servidores encarregados de conduzir esse procedimento administrativo da forma mais lícita possível.

Como corolário da isonomia no concurso público, a impessoalidade também é um princípio constitucional de observância obrigatória em todas as etapas do concurso público. Não se coaduna com a natureza do concurso o favorecimento a qualquer título a algum dos concorrentes. Os exames aplicados devem objetivar a conformação do exigido nas questões às atividades que serão desenvolvidas pelos futuros servidores, e nunca conhecimentos específicos e irrelevantes para o cargo público em tela que eventualmente possam ter alguns candidatos. Entretanto, ainda que pareça óbvio que todos os candidatos devam ser vistos pela Administração de igual forma, na prática as relações de afinidade entre alguns administrados e administradores corrompem esse princípio, o que deve ser constantemente objeto de fiscalização, do mesmo modo que uma análise jurídica do edital deve banir qualquer dispositivo que possibilite a identificação durante a correção das provas ou que privilegie algum candidato, ou grupos de candidato, sem que haja uma justificativa legal e plausível para tanto.

Como conseqüência da impessoalidade e em prol da eficiência administrativa, outro princípio mostra-se evidente no perseguido desenvolvimento regular do procedimento de contratação de servidores, a imparcialidade. Não há como idealizar um julgamento objetivo das

questões sem que seja respeitada incontinente a imparcialidade, traduzida na prática de avaliar cada questão de modo uniforme, com apenas um peso e de acordo com a medida justa, como se todas as questões fossem do mesmo candidato, daí a relação intrínseca que se evidencia com a impessoalidade, reforçando a análise jurídica de se buscar, não só na correção dos exames aplicados, mas em cada ato praticado e em todo o restante do procedimento administrativo, a manutenção do respeito aos dois princípios.

A parcialidade pode surgir de forma sutil, sendo relevante se discutir mais os contornos da impessoalidade, haja vista o apreço que o povo brasileiro possui em violar tal princípio, tratando a Administração Pública como uma extensão da sua casa, ou mesmo buscando atenuar a rigidez do procedimento, atribuindo ao seu candidato preferido um saber indiscutível e, portanto, *hors concours*. A existência de questão que foi exaustivamente debatida por apenas um seleto grupo de candidatos com um examinador que porventura leciona em cursos preparatórios para concursos pode, a depender da análise dos demais fatos, resultar em violação à imparcialidade, se, por exemplo, conjuntamente ao fato apresentado, a questão guarda pouca ou nenhuma relação com as atribuições previstas do cargo/emprego, ou ainda, se as questões não possuem um apelo científico relevante e digno de ser cobrado em uma prova que se busca de forma objetiva avaliar a capacidade laboral de uma pessoa.

Já a eficiência é menos uma questão afeta ao procedimento administrativo propriamente dito do que uma questão relativa à obtenção por parte da Administração do melhor funcionário possível, dentre todos os interessados, por conseqüência da meritocracia que regula toda a motivação administrativa nesses casos. Mesmo assim, é importante observá-la da ótica do processo, visto em contraposição ao procedimento em razão da existência de algum tipo de conflito que se necessite compor[16], para atribuir também papel relevante à eficiência do ponto de vista do procedimento administrativo p. d., que pode ser exemplificado na rapidez de todos os trabalhos, desde que não prejudique o percentual de eficiência atribuível ao resultado final. Eficiência, nesses casos, significaria algo como a melhor forma de

16 BACELLAR FILHO, Romeu. O Concurso Público e o Processo Administrativo. p. 73-89. In: MOTTA, Fabrício (org.). *Concurso Público e Constituição*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. "Temos sustentado que o procedimento é a forma de concretização do agir estatal. É o iter percorrido para uma manifestação ou atuação estatal. Mesmo a produção de atos administrativos rotulados de "simples" envolve uma seqüência de atitudes direcionadas a um fim, o que se denomina procedimento. É, pois, uma sucessão ordenada, seqüencial e legal de atos e operações que conduzem a um ato final almejado pela Administração Pública. [...] Quando do procedimento puderem advir efeitos à esfera jurídica das pessoas e estas vierem a participar sob o prisma do contraditório, ou ainda quando externarem uma acusação, tem-se o processo." p. 78-79.

obter o resultado desejado. Note-se que são poucas as práticas sociais públicas que materializam comprovadamente a eficiência e que não são concorrenciais, como licitações, vestibulares ou concursos.

A prática do concurso público tem uma função educativa de valorização da meritocracia e, assim, serve como um instrumento moralizador do Poder Público, o que propiciou uma melhoria dos serviços públicos nacionais, principalmente após a atual constituição federal, que tornou obrigatória a sua realização.

O referencial utilizado para a compreensão da moralidade administrativa, que deve ser feita caso a caso em razão da indefinição conceitual inerente ao tema, deve ser a finalidade pública almejada. Portanto, como função da legalidade estrita que está submetida a atuação administrativa, a moralidade está compreendida na legalidade substancial, isto é, na finalidade pública decorrente da vontade expressa nas normas aplicáveis. Assim, conceitos como boa-administração, abuso de direito, desvio de finalidade, não podem ser atribuídos à moralidade administrativa sem uma análise factual dos motivos do ato e do seu objeto. Por isso, no caso dos concursos, a moralidade administrativa deve ser objeto de uma análise jurídica circunstancial, preferencialmente a ser adotada ainda na fase interna do concurso, como forma de impedir a publicação de editais que não atendam à finalidade do certame. Além disso, todos os demais atos administrativos concernentes ao referido procedimento devem obediência à moralidade, sob pena de não atingir a finalidade do concurso público, que é a de selecionar o profissional mais apto para trabalhar para o Poder Público.

Salienta-se a afirmação pertinente ao tema de Norberto Bobbio[17] sobre moral, já que se trata de um dos maiores estudiosos da obra de Kant, que, por sua vez, melhor analisou filosoficamente o tópico, de que a moral é ambígua e obscura, como a história da humanidade, inexistindo indicadores ou parâmetros para medir o seu progresso, concluindo que ela se refere a uma realidade e valores específicos e pode ser definida como o conjunto de regras de conduta adotado por uma determinada população. Aplicando-se à Administração, trata-se dos valores que pautam a sua conduta, a sua noção entre o certo e o errado.

3 O MÉRITO NA PRÁTICA DEMOCRÁTICA E ALGUNS PROBLEMAS ATUAIS SOBRE CONCURSO PÚBLICO

Com relação aos exames que são aplicados nos concursos públicos, seguem-se diversas preocupações de ordem prática e jurídica,

17 BOBBIO, op. cit.

com contornos também políticos e filosóficos. Em primeiro lugar, há o sério problema da composição das bancas examinadoras, bem como dos órgãos e empresas especializadas em realizar concursos públicos. Além disso, a avaliação do conteúdo programático condizente com as atribuições dos cargos é extremamente complicada, sem contar que com o novo paradigma científico é difícil sustentar qualquer posição como uma verdade absoluta e insofismável, o que, em tese, pode prejudicar o caráter objetivo dos concursos.

As bancas examinadoras devem ser compostas por pessoas que detenham conhecimento técnico superior, ou pelo menos igual, ao dos candidatos, o que é uma obrigação apenas em tese, já que nada impede que um candidato detenha na prática mais conhecimento que o examinador, sendo que este fato, *a priori*, não macula o procedimento. O que se busca com a essa enunciação é a de que a banca seja composta por pessoas com conhecimento técnico inquestionável e compatível com o conteúdo técnico dos exames, em prol da eficiência do certame.

Deveriam ser privilegiadas questões que exijam uma solução para um problema apresentado, buscando-se avaliar as condições do candidato frente ao cotidiano no serviço público, em vez de questões que exijam muita memorização, rotineiramente de artigos de normas, que pouco acrescentam para a eficiência futura do serviço público, salvo se forem dispositivos que serão constantemente utilizados pelo servidor em seus afazeres diários.

Em consonância com o pensamento ora exposto, cita-se o artigo do Prof. André Cleófas Uchoa Cavalcanti[18], que em 2002 afirma que a reestruturação do ensino jurídico no país ainda não tinha produzido efeitos nos resultados das provas dos concursos públicos, nem na elaboração dessas provas, salientando também que estas deveriam ser melhor formuladas, de acordo com as atribuições dos cargos e da nova visão do Direito, bem como que as bancas deveriam ser compostas por pessoas pedagogicamente qualificadas, exigindo-se mas raciocínio jurídico e menos memorização.

No que tange à realização do concurso, hoje em dia há inúmeras instituições especializadas nessa tarefa, de diferentes naturezas jurídicas, como órgãos públicos e empresas privadas, que fazem toda a parte referente aos exames, escolhem a banca, elaboram e aplicam as provas, entre outras tarefas. O Cespe[19] é um exemplo de uma dessas instituições, que são altamente especializadas e requisitadas, sendo que

18 CAVALCANTI, André. Ensino Jurídico e Concurso Pùblico. p. 179-86. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 18, 2002.

19 Centro de Seleção e Promoção de Eventos, órgão da Universidade de Brasília responsável pela realização do vestibular.

em uma eventual legislação reguladora de concursos seria indispensável que o tema fosse contemplado, podendo-se até mesmo criar um órgão público específico responsável por essas atribuições, tal qual o próprio Cespe, pelo menos no âmbito dos cargos públicos da União.

Outro problema dos concursos públicos digno de nota é a questão referente ao ingresso de agentes do crime organizado no serviço público. Por ser um acesso amplo e democrático, suspeita-se que o concurso seja utilizado por máfias para alocar pessoas com o intuito de obter informações sigilosas e influenciar decisões administrativas, de modo que se revela importante a realização de exames psicotécnicos e de uma investigação social prévia do candidato aprovado, como meio de não permitir que isso ocorra, mormente nas ditas carreiras típicas de Estado, em razão do poder político inerente às suas funções. Tal investigação é realizada atualmente por meio do fornecimento de atestados (antecedentes criminais, processos judicias, etc.), ou por meio de entrevistas de pessoas indicadas pelo concorrente.

Nesse contexto, revela-se igualmente importante que alguns atos do concurso público sejam revestidos de sigilo, mesmo que isso possa aparentemente restringir as liberdades individuais e coletivas. Assim, apesar de ser consenso de que os candidatos devam ter acesso aos critérios de correção de provas, incluindo os exames psicotécnicos, a fim de permitir o direito de recurso, tendo sido inclusive a matéria objeto de recente súmula editada pela Advocacia-Geral da União[20], alguns parâmetros podem eventualmente ficar acobertados pelo sigilo, ao menos antes da realização dos exames, para não permitir que organizações criminosas possam contornar os filtros utilizados pela Administração na seleção do pessoal, o que só será possível verificar diante das justificativas apresentadas e dentro de uma análise jurídica prévia, sempre com muita cautela e parcimônia, a fim de não violar princípios constitucionais como o da publicidade.

---

20 Súmula n.º 35, de 16 de setembro de 2008. "O exame psicotécnico a ser aplicado em concurso público deverá observar critérios objetivos, previstos no edital, e estará sujeito a recurso administrativo." *Precedentes: Supremo Tribunal Federal:* RE 188.234-4, Rel. Min. Neri da Silveira, julgamento em 19-0302; AgAI 318.367-3,Relator Min. Celso de Melo, julgamento 27/08/2002 -AgAI,660.815-4, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30/10/2007, DJ de 22-11-2007; AgRgAI 630.247-4, Rel. Min.Eros Grau, julgamento em 08-5-07, DJ de01-06-2007, AgRgRE 466.061-0, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 30/06/2006, AgRgRE 433.921-8, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 24/02/2005, RE 243.926-6, Relator Min. Moreira Alves, DJ 10/08/2000. *Precedentes no STJ:* AgRg no RESP 335.731, Relator Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgamento 31/05/2005; RESP 462.676, Relator Min. Paulo Medina, Julgamento 23/03/2004; AgRgno EDcl no RESP 525.611, julgamento em 11/12/2007; MS 9183, Relator Min. Paulo Medina, julgamento 09/08/2006, RESP 685.726,Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento 10/05/2007, ROMS 20480, Relator Paulo Medina, julgamento 30/05/2006, ROMS 17103, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 03/11/2005.

Mérito não significa tão-somente a melhor técnica, mas também o melhor perfil, razão que justifica a realização de exames psicotécnicos. Entretanto, alguns dos testes que são realizados nesses exames permitem que o candidato seja treinado para responder de acordo com o perfil desejado para o cargo, condicionando à resposta certa dentro do padrão definido, desde que saiba de antemão quais desses testes serão utilizados, o que implica em adulteração do resultado, de modo que não revelar qual teste específico será aplicado antes da realização desses exames, pode não comprometer necessariamente a publicidade, e ainda garantir a igualdade por meio da meritocracia. É importante notar que neste exemplo o exame psicotécnico não serve como critério de classificação, mas apenas como critério de seleção, por perfil e não por técnica, evitando candidatos que tenham alta probabilidade de cometer desvios de conduta social. Lógico que qualquer tipo de restrição de informação por meio do sigilo é situação crítica e extraordinária, portanto merece uma justificativa plausível, devendo todo o contexto ser muito bem analisado caso a caso para que possa ser adotada.

Com relação à meritocracia, esta pode ser definida como um conjunto de valores que postula que as posições do indivíduo na sociedade decorrem do seu esforço, talento e habilidade. A meritocracia, assim, correlaciona-se de forma inseparável da igualdade, como bem pontua a Prof. Lívia Barbosa[21]. Afirma a autora que nos Estados Unidos há uma ideologia meritocrática fortemente enraizada na formação cultural desse país, em que cada um é o que consegue pelo seu próprio esforço, sendo importante para o Estado apenas promover a igualdade de oportunidades, diferenciando *winners* de *losers*,o que retrata, por outro lado, uma concepção muito individualista, com pouca preocupação com o bem-estar coletivo, calcada na competição e inovação. Já no Brasil, a autora entende que a meritocracia é um esforço do Estado e não da sociedade, o que coincide com a investigação histórico-legal do concurso público no Brasil, aduzindo que os instrumentos existentes são formais e ainda pouco efetivos, como o concurso público e a avaliação para promoção de servidores. Acredita que o distanciamento cultural brasileiro da meritocracia tenha como causa a concepção dos indivíduos de que a igualdade deva ser substantiva e patrocinada pelo Estado, já que entendem que a posição de cada um é fruto dos desígnios naturais e das oportunidades, e não do esforço, habilidade e talento, o que é diametralmente oposto à concepção estadunidense. Nesta, a noção de igualdade de oportunidades é dominante em todas as classes sociais, apregoando que o trabalho diligente, pautado no

21 Cf. BARBOSA, op. cit. p. 36-103.

esforço e na capacidade pessoal, determina o progresso, a mobilidade social e as oportunidades, tal qual o *log cabin myth* de Horatio Alger[22], concretizado na ascensão de um lenhador à presidência da República – Abraham Lincoln. Provavelmente o protestantismo, que é a doutrina religiosa adotada pela maioria da população deste país, também tenha forte influência nesta concepção, uma vez que prega que o trabalho e o esforço garantem um lugar no reino dos céus, conforme analisado na clássica obra de Weber[23] .

Muito embora seja difícil discordar dessas conclusões, acredito que o Brasil sofreu mudanças recentes que conduziram a uma mentalidade mais meritocrática, possivelmente em decorrência da redemocratização pós-ditadura, sendo crescente o número de pessoas que apostam na igualdade de oportunidades e procuram valorizar práticas de mérito, como o concurso público. Até mesmo a ascensão de um trabalhador braçal à presidência da República, que ocorreu em 2003 com o atual presidente, serve como exemplo de que é possível a ascensão social, caso haja esforço nesse sentido.

Convém também citar a análise da citada autora sobre a concepção cultural nipônica, por ser totalmente diferente da estadunidense e da brasileira, o que demonstra a pouca serventia na adoção de soluções estrangeiras para problemas locais. No Japão, o mérito também é visto como uma forma de promover a igualdade, só que a desigualdade natural de cada um não é bem vista e deve ser atenuada, sendo o individualismo e a criatividade, nesse contexto, inibidos em prol do coletivo e do grupo a qual pertence o indivíduo. Cita que o principal sistema meritocrático japonês é o vestibular, que condiciona a obtenção dos melhores empregos, o que necessariamente não corresponde aos melhores salários, nem que o esforço de cada um faça com que ele seja posteriormente promovido, pois o sentimento de grupo e o respeito à senioridade são mais importantes.

A democracia é a busca pelo ótimo social. É uma constante construção social objetivando a perfeição, de forma a melhorar a vida de todos os indivíduos indistintamente, daí a necessária atenção e respeito às minorias políticas. Como sistema político está em plena transformação, de modo que não se pode prescindir de qualquer dos seus componentes, nem mesmo os mais tradicionais, como forma de inibir intervenções indevidas nessa construção e que resultem em obstáculo para o atendimento do pleito social. Tudo nela é passível de

22 Cf. LASCH, C. *The culture of narcissism. American life in age of diminishing expectations.* New York: W. Norton, 1978 apud BARBOSA, Lívia. op. cit.

23 Cf. WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo.* 1. ed. São Paulo. Martin Claret, 2001.

mudança, há de se observar o passado que nos demonstra essa tendência conceitual, razão pela qual todas as definições e teorias não passam pelo crivo esmagador das mudanças de paradigmas, o que condena a humanidade à eterna busca do melhor.

Por outro lado, os fenômenos sociais e naturais são exaustivamente estudados e debatidos, em institutos educacionais ou mesmo em outras formas de observações científicas fora do modelo tradicional de estudo, que confere ao saber da humanidade uma noção bastante perspicaz do que se pode entender por ideal ou bem momentâneo, municiando todas as decisões políticas dentro de uma prática dita democrática, ainda que sofra interferências nefastas de outros interesses que não os legítimos anseios de todos os indivíduos. Assim, a observação científica, bem como todos os estudos sobre um determinado objeto, devem ser utilizados para a tomada de decisões político-administrativas, pois constituem a mais fiel descrição do interesse público, o que pode ser visto com cada vez maior constância, desde as chamadas consultorias e assessoramentos técnicos até as consultas públicas, que é favorável à democracia porque aproximam a sociedade da política ao mesmo tempo em que permitem a aproximação dasdecisões aos interesses concretos da sociedade. É a união da academia com a política, o que já não é coisa recente na história da humanidade, mas que teima em não ter maior expressão em virtude dos interesses contrários ao interesse público. A academia não representa somente o fechado círculo tradicional científico, mas todo o saber aplicado com êxito na prática, englobando também os que são relevados pela comunidade científica por insignificância ou falta de sensibilidade dessa comunidade, ou até mesmo falta de recursos e meios que possibilitem percorrer todos os campos do conhecimento. As decisões hoje em dia quando prudentes e legítimas são tomadas após amplo debate, onde ocorrem as consultas ao público envolvido e o aconselhamento de especialistas sobre o tema, mas que inexplicavelmente podem ser totalmente relevados pela autoridade, o que representa ato contrário ao ideal democrático

A decisão deve ser discutida entre especialistas em um determinado assunto, sendo razoável admitir que a conclusão desses debates é a melhor que se pode obter para esse mesmo tema. Assim, o servidor público deve ser aquele mais apto a discutir os assuntos que a população quer que sejam debatidos, ou seja, aqueles temas que urgem por uma resposta política. Quanto mais se debater temas que interessam à sociedade, mais se efetivará a democracia e mais se cumprirá a função precípua da Administração Pública, que é atender ao interesse público, logo o melhor é que esses temas sejam debatidos de forma isenta e

técnica, sem interferências que não busquem o bem comum, a fim de permitir a concretização do ideal democrático.

Assim, é possível chegar à conclusão que o concurso público é uma prática democrática alinhada ao pensamento platônico do bem cognoscível, uma vez que a racionalidade é o parâmetro para a escolha dos servidores públicos, assim como também se coaduna com o entendimento de justiça e de busca da verdade de Aristóteles, pois reflete o pluralismo de idéias e opiniões existente na sociedade e permite o debate público sobre os problemas sociais[24].

4 A ANÁLISE JURÍDICA DO CONCURSO PÚBLICO E A NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO CONSULTIVOCONTENCIOSO NA ADVOCACIA PÚBLICA

A coisa pública, que precisa ser analisada antes de se avaliar o interesse público, tem que ser observada como algo pertencente a todos, não pode ser utilizada para o interesse de apenas um indivíduo, singular ou coletivo, e ainda deve ser feito todo o esforço para que seja respeitada por todos e, assim, a própria sociedade exerça o papel de fiscalização. Exatamente este é o maior problema do concurso público no Brasil, mas coincidentemente é também este o fato da existência de um procedimento com essas feições, administrativamente imposto, coercitivo por expressa determinação constitucional, já que tem como fonte um traço cultural brasileiro de não cuidar bem da coisa pública, mas que por conta de um esforço que já dura algumas dezenas de anos, tem aceitação por grande parte da população da necessidade imperiosa de um procedimento rigoroso para seleção do pessoal público. Entretanto, continua e deve continuar por um bom tempo a ser uma necessidade consectária dessa característica da nossa cultura, melhor dizendo, dessas características, haja vista tratar-se de várias. Como tudo em ciências humanas, o resultado é função de muitas variáveis. Tal qual a democracia, o concurso público é um exercício, que precisa ser constantemente aperfeiçoado. Pode-se citar facilmente uma característica que advém da cultura cristã, que é a solidariedade em relação "ao próximo". Vê-se o amigo, o parente, o vizinho, em suma, as pessoas que vivem ao redor como alguém que poderia muito bem receber uma ajuda sem causa do Estado, sem ver, sob outra perspectiva, que quiçás seria bem mais adequada à moral cristã, mas que não tem o peso do "próximo", que o Estado deve enxergar a todos indistintamente e só deve ajudar quem realmente precisa de uma ajuda estatal, tal qual o

24 Cf. CASTRO, Marcus. *Políticas e Relações Internacionais:* fundamentos clássicos. 1.ed. Brasília: UnB, 2005. p. 17-29.

próximo e o remoto de Nietzsche[25] sobre a mesma solidariedade cristã. O Estado Democrático é a ausência de Estado encontrada no Estado Liberal somada a uma onipresença do Estado existente no Estado Social, adicionada ainda da utopia procedimental de um Estado de Direito.

Assim, no Brasil a existência de um direito específico e detalhado sobre concursos torna-se uma necessidade e, portanto, pertence ao grupo dos direitos do homem, universal, pois sem a presença do concurso público há grave prejuízo à liberdade.

Pode ser que em outros países não haja necessidade de um concurso público, como no caso do Japão, onde, por questões culturais, basta que um indivíduo passe bem no vestibular e toda a sociedade já o verá como apto a desenvolver qualquer ofício, mesmo que a prova exija essencialmente memorização, ou melhor exija pouco raciocínio dedutivo, obtendo-se assim um certificado que o autoriza a concorrer a uma vaga pública ou privada[26]. Pode ser também que não haja carência de emprego em uma positivação do tipo *hic et nunc* ideal, o que não exclui a concorrência inerente à busca pelos melhores postos de serviço, mas pelo menos atenua a imperiosa necessidade existente no Brasil do concurso público como um procedimento jurídico rigoroso.

O judiciário brasileiro acumula uma experiência muito rica de controle constitucional sobre concurso. Além de rica, confere uma estabilidade conceitual que se ramifica na prática jurídica, emprestando efeitos positivos ao controle desse instituto. Não se sabe os efeitos de uma legislação que apreenda toda essa experiência, mas certamente haverá mudanças provocadas por defeitos de interpretação legislativa, que eventualmente podem se distanciar da atual hermenêutica constitucional. Logicamente a sociedade encontra-se sempre em constante transformação, o que se reflete no direito e nas suas curiosas tentativas de positivá-la no passado, mas há quem defenda a perpetuação da norma escrita no campo dos concursos públicos, o que sem dúvida confere uma garantia aos administrados, quer seja na condição de competidor (concursando), quer seja na condição de cidadão espectador, parte indispensável da democracia, quer seja, ainda, por intermédio das inúmeras instituições que zelam para o bem público, revelando-se nesse modo um acréscimo na satisfação com relação ao serviço público, conduzindo para uma pacificação do trato social e atenuando a incerteza atual que depende exclusivamente dos humores do Poder Judiciário.

Em razão da adoção pela Constituição brasileira, o que ocorre em escala mundial após o período pós-guerra, de uma forma híbrida

25 Cf. NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. 1. ed. Martin Claret. São Paulo, 2000. p. 59-60.

26 Cf. BARBOSA, Lívia. op. cit., p. 76-103.

e mutualmente alterada dos dois controles de constitucionalidade originalmente existentes – *judicial review of legislation* e o *Verfassungsgerichtsbarkeit* –, muito bem tratados no artigo do Prof. Francisco Fernandez Segado[27], foi possível a coexistência de uma análise judicial dos atos de forma difusa, incidental e específica, aplicável ao caso concreto como meio de respeitar os valores constitucionais maiores de liberdade e igualdade, juntamente com uma análise abstrata, geral, *erga omnes*, de índole kelseniana, de respeito das normas à conformação do ordenamento jurídico. Assim, o atual controle jurisdicional de constitucionalidade possui uma capacidade ímpar de impor a preservação dos valores constitucionais assegurados, o que pode ser visto com propriedade no caso dos concursos públicos.

Quando há lacunas na lei, ou mesmo ausência de lei, como ocorre com o concurso público, bem como nos casos controversos e de difícil análise, o Judiciário pode ser obrigado a tomar decisões com cunho mais político do que jurídico, ainda que calcadas em princípios constitucionais, substituindo o legislador, o que convém ao Estado de Direito, pois este é maior que o mero texto legal e sua aplicação. Não é contrária à democracia uma decisão desse jaez, ou seja, com contornos políticos, mesmo que seja tomada fora do âmbito da separação clássica de poderes de Montesquieu, pois decorre do conjunto de princípios constitucionais compatíveis aplicáveis, muito embora hoje em dia seja mais aceito em Ciências Políticas falar-se em separação de função, haja vista que o poder é único e indivisível e emana exclusivamente do povo. Atende também à meritocracia, uma vez que o Judiciário é composto principalmente por pessoas que se submeteram a concurso público, sendo também menos suscetível a interferências de poder em comparação ao Legislativo, logo as decisões políticas centradas em princípios podem favorecer minorias, serem mais justas, beneficiando a democracia e o Estado de Direito[28] .

Pode-se afirmar que hoje em dia os fatores reais de poder descritos por Lassale[29] estão cada vez mais amplamente compartilhados pelos diversos atores sociais existentes, sendo que a meritocracia ocupa um lugar de destaque nesse quadro por causa da presença cada vez maior de servidores públicos bem preparados, decorrência de uma seleção séria feita por concurso público, bem como por um Poder Judiciário que contribui de forma cada vez mais ativa na construção

27 SEGADO, Francisco. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo¬kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. Disponível em:<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359> Acesso em: 4 set. 2008.

28 Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 3-39.

29 Cf. LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

democrática nacional, uma vez que há uma maior liberdade para a sua atuação. Como a essência de uma constituição reflete os fatores reais e efetivos de poder, o reforço da meritocracia como uma necessidade ativa da sociedade implica em ganhos reais à democracia, na medida em que eleva a igualdade e amplia os canais de controle do próprio poder, efetivados pela tomada de decisões de cunho técnico, tanto pelos juizes como pelos demais funcionários da Administração Pública.

Por outro lado, a criação de lei federal sobre o tema deve se restringir a não repetir os erros mais comuns da norma escrita latina, a prolixidade[30]. O estilo romântico emprestado à confecção da norma, como se fosse um poema lírico, permite uma maior tentativa de desvios, pois dá margem a inúmeras interpretações possíveis, diretamente proporcional ao número de palavras, saindo do equilíbrio em prol da burla as dubiedades de sentido de cada vocábulo, a conotação axiológica de frases e estilos, tudo em prol do que cada um considere como seu direito, conduzindo o administrado em pretender a mudança de interpretação apenas para satisfazer seu interesse exclusivo, mesmo que sua moral tenha plena consciência que seu interesse não coincide com o interesse da coletividade.

Embora a evocação de interesse público muitas vezes sirva como argumento jurídico único e totalmente desprovido de fundamentação razoável, já que é um conceito jurídico indeterminado e totalmente dependente de apreciação *vis à vis* do seu contexto social, o direito fundamental de preservar o interesse de cada cidadão também se insere na perspectiva de análise jurídica do interesse público, assim a pretensão abusiva de modificar o sentido original da norma pode gerar a necessidade de uma análise concreta do caso, com toda a razoabilidade advinda do *due process of law*, de modo a manter a conformidade da realidade com os princípios fundamentais materializados na constituição, ou seja, garantindo-se a controvérsia dialética é que se verificará se a pretensão do autor era abusiva ou não, independentemente da aparente certeza de interesse desarrazoado, pois essa pretensão pode servir como parte de uma mudança de enfoque da questão no rumo da natural evolução social.

De qualquer sorte, eventual norma escrita sobre concurso deve ter como escopo diminuir a possibilidade de surgimento de conflitos nesta seara, mesmo que se saiba que isso é impossível, buscando, dessa forma, a prevenção jurídica. O texto deve conduzir a Administração Pública no caminho desejado pelos valores e princípios existentes na constituição, pois só assim é possível a diminuição de litígios, uma vez

30 Cf. GALTUNG, Johan. *Direitos Humanos – uma nova perspectiva*. 1.ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

que o conforto proporcionado ao cidadão advindo da obediência à norma material lhe retira a vontade de insurgência, levando à consecução da pacificação social almejada pelo direito.

Contudo, a concisão em relação à conceitualização de princípios pela própria norma escrita também não é bem-vinda, pois a incessante busca pela intenção do legislador primitivo leva à mesma sintomática inconformidade com o texto da prolixidade latina, ou seja, desvirtuamento do sentido que a sociedade esperava como prestação jurisdicional[31]. Os princípios devem estar bem descritos e aplicados aos concursos públicos, de forma a permitir a melhor análise jurídica pela Administração dos percalços naturais que surgem com a efetivação do procedimento administrativo do concurso público, que possa ter como resultado a eficiência administrativa.

As demandas judiciais servem de parâmetro estatístico e conceitual dastarefas do consultivo no âmbito da administração. É necessária a manutenção do contato direto entre as duas tarefas da advocacia pública, contenciosa e consultiva, como meio de permitir a legitimação dos anseios populares, dada pela atuação conforme o pensamento jurídico de justiça, materializando princípios e prevenindo conflitos. A atuação administrativa concentra a maior expressão prática de direito, com as conseqüentes decisões que são tomadas a todo o instante, sendo o provimento judicial parcela muito pequena de todas as questões jurídicas e políticas existentes, mas permite balizar o administrador com o sentimento de justiça contido nas decisões judiciais, e seu maior mérito deve ser o de instrumento de pacificação social por meio da adoção da moral coletiva expressa pelo órgão competente para traduzi-la.

A jurisprudência concernente ao tema dos concursos é bastante ilustrativa sobre o acima afirmado. A par da existência de diversos princípios aplicáveis a todo o procedimento de concurso público, destacam-se a isonomia, publicidade e razoabilidade nas decisões judiciais, pois são os princípios mais relacionados às questões conflitivas próprias ao assunto. Por outro lado, outros princípios são pouco tratados, pois não guardam relação direta com o direito de um candidato específico, mas sim com o sistema como um todo, o que demandaria um esforço próprio do controle interno da Administração para aperfeiçoamento do sistema, e que seria bastante evidenciado se houvesse uma análise jurídica prévia e compulsória. Quanto aos assuntos mais correntes encontrados na

31 GALTUNG, op. cit.

jurisprudência, Dirso Anderl[32] faz uma análise interessante, destacando-se temas como a taxa de inscrição, o número de vagas, o tempo de diploma, a conclusão de curso na inscrição do certame, discriminação, portadores de deficiência, exames psicotécnicos, prazo de validade, recursos administrativos, arquivo da documentação e nacionalidade.

De qualquer sorte, em uma análise jurídica bem fundamentada é preciso haver coerência entre a argumentação que será realizada diante dos fatos apresentados com as normas existentes em um sistema jurídico, de modo a alcançar o seu sentido mais geral e perfeitamente aplicado à situação concreta, ou seja, é preciso dar uma razão de coesão e coerência principiológica à argumentação jurídica, tal qual defende o Prof. Neil MacCormick[33].

Como muito bem observado pelo Prof. Almiro do Couto e Silva[34], o controle jurisdicional brasileiro de atos administrativos é ainda muito conservador, em comparação à jurisprudência alemã, francesa e italiana, e continuam a evitar entrar no mérito do ato, mesmo quando isso seja indispensável para a realização da justiça. Destaca, ainda, a diferença entre ato administrativo discricionário e conceitos jurídicos indeterminados, concluindo que as questões de uma prova objetiva podem ser objeto de um controle total e irrestrito do Judiciário, o que não ocorre com as provas dissertativas se a correção implica numa análise comparativa com as provas dos demais candidatos, caso contrário também defende que o controle é ilimitado, justificando tal posicionamento na doutrina alemã da área de apreciação, que encontra paralelo na discricionariedade técnica italiana, esta última com impropriedade terminológica, por não se tratar evidentemente de atos discricionários, ante a ausência de opções conferidas ao administrador público.

Do mesmo modo, a advocacia pública contenciosa deve funcionar não só como defensor incontinente das decisões administrativas, mas também como instigador do debate judicial sobre as questões conflitivas extremas, de modo a não permitir desvios de fundamentação das decisões judiciais, advindos da falta de dialética e da controvérsia, permitindo, por outro lado, uma visão em várias perspectivas do fato social e contribuindo da maneira adequada para materializar os preceitos constitucionais. Nesse contexto, a experiência da administração consultiva deve fornecer subsídios completos sobre o ato administrativo

32 ANDERLE, Dirso. Concurso Público: princípios aplicáveis. p. 99-107. In: *Revista do TCE*, Florianópolis, vol. 1, n. 1, fevereiro 2003.

33 Cf. MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.* 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

34 SILVA, Almiro. op. cit. p. 26.

contestado, como instrumento indispensável à boa prática jurisdicional, alicerçando a função essencial à justiça que é a advocacia pública. O parecer consultivo deve retratar a ótica da administração frente ao problema surgido, o eventual processo administrativo instaurado, buscando sempre a correlação legal dos fatos, além evidentemente de demonstrar que a conduta administrativa cuidou de ter como norte os princípios administrativos constitucionais que orientam o caso. Qualquer detalhe sobre os fatos jurídicos importa valoração e deve constar do relatório, assim como a motivação do ato administrativo, definida como o entendimento fundamentado da Administração sobre o problema surgido. Quanto mais se aperfeiçoa o processo integrativo entre o consultivo e o contencioso, mais se reforça a construção da prática democrática.

Como já dito, o edital do concurso público é o meio pelo qual se divulga o ato administrativo, devendo todas as impugnações oferecidas serem recebidas e analisadas juridicamente, por meio de procedimento administrativo próprio, que será a forma de relatar o ocorrido e emprestar um mérito administrativo sobre ele, não havendo razão para a desconsideração de qualquer assunto trazido pelos cidadãos, pois implicaria em violação clara à liberdade e em prática contrária à moralidade administrativa. Além disso, todas as informações que colhidas nesses procedimentos podem ajudar sobremaneira a atuação contenciosa da advocacia pública, sendo a entrega de bons subsídios essencial à materialização da justiça. A ausência de procedimentos administrativos sobre as impugnações e outras manifestações dos administrados, devidamente documentadas e postas à disposição da advocacia contenciosa pública, a contrário senso, empobrece o debate judicial e permite a contumácia pública, reafirmando no mais das vezes abusos cometidos contra o interesse público, quer seja por agentes públicos ou mesmo pelos próprios querelantes. Nunca é demais a vigilância permanente sobre a necessária instauração de procedimentos administrativos de todas as questões surgidas durante um concurso público, devendo igualmente serem conduzidos em obediência aos princípios administrativos, pois só assim o interesse público é satisfeito.

Cabe ressaltar que a ausência de concurso público não é tolerável, sendo a jurisprudência pacífica no sentido de que as contratações que não são antecedidas de prévia aprovação em concurso público padecem de vício de nulidade absoluta, não gerando nenhum tipo de direito ao contratado, salvo a contraprestação do trabalho efetivamente realizado (E-363/TST). Além disso, o administrador que não instaura concurso público está sujeito a compor o pólo passivo de uma ação regressiva

(ação civil pública ou popular), sendo que a doutrina atual administrativa defende a presunção de lesividade decorrente da ausência desse procedimento[35], o que é bastante coerente com a natureza jurídica do instituto ora discutido.

Uma análise jurídica coerente e responsável deve também observar a plausibilidade de suas exigências e recomendações, dentro de uma ótica pragmática das situações verificadas, de modo a permitir que o administrador realize o procedimento dentro das condições fáticas apresentadas. Entretanto, isso não significa necessariamente uma flexibilidade excessiva das normas jurídicas, mas sim uma adequação do comando legal à realidade existente, que deve ser objeto dessa análise, uma vez que o mais importante é alcançar a finalidade pública almejada.

Ainda que o seja, a análise jurídica do procedimento administrativo para a realização de um concurso público não pode ser vista somente como um controle jurídico interno da administração, pois possui de igual maneira um componente de assessoramento, de consultoria prévia, consubstanciado em recomendações e avisos sobre o melhor caminho a se tomar, constituindo, dessa forma, em provimento preventivo para impedir o surgimento de conflitos.

5 CONCLUSÕES

Apesar da importância do concurso público como fenômeno social, instituidor de práticas democráticas que objetivam a eficiência administrativa e materializam diversos princípios constitucionais, é pouco estudado e não mereceu até hoje uma normatização infraconstitucional específica.

A meritocracia e a igualdade são os principais condutores do concurso público, uma vez que a finalidade do instituto é selecionar os mais aptos a exercer uma função pública, sendo os demais princípios administrativos constitucionais facilmente extraídos da observância desses dois princípios.

O concurso público é uma necessidade decorrente das condições e valores sociais brasileiros, que não são marcados pela preponderância de uma ideologia meritocrática. Assim, a imposição constitucional de um rigoroso procedimento seletivo é condizente com a realidade social e jurídica brasileira.

A análise jurídica do concurso público, no âmbito da Administração, deveria ser realizada obrigatoriamente, pois permite

35 MAZZILLI, Hugo. Concurso Público na Administração. p. 25. In: *Síntese Trabalhista*, ano VI, vol. 77, p. 15-29, novembro 1995.

um melhor controle do procedimento, além de embasar a defesa judicial de eventuais conflitos, enriquecendo o debate e contribuindo para um aperfeiçoamento do sistema, evitando a violação de direitos e prevenindo o surgimento de conflitos. Da mesma forma, a experiência jurisdicional sobre o tema deve servir como parâmetro para a análise jurídica, revelando a importância dos instrumentos de integração entre o consultivo e o contencioso da advocacia pública.

REFERÊNCIAS

ANDERLE, Dirso. Concurso Público: princípios aplicáveis. p. 99-107. In: *Revista do TCE*, Florianópolis, vol. 1, n. 1, fevereiro 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu. O Concurso Público e o Processo Administrativo. p. 73-89. In: MOTTA, Fabrício (org.). *Concurso Público e Constituição*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BARBOSA, Lívia. *Igualdade e meritocracia*: a ética do desempenho nas sociedades modernas. vol. I, 4.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

BARROS, Maria. Portadores de Deficiência e o Concurso Público. p. 22-24. In: *Boletim dos Procuradores da República*, ano IV, n. 45, janeiro 2002.

BELLO, Raquel. O princípio da igualdade no concurso público. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, vol 131, julho-setembro 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUARQUE DE HOLANDA, S. *Raízes do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

CALHAU, Lélio. Bancas examinadoras de Concurso Público. In*: Revista Jurídica Consulex*, ano IV, Vol. I, p. 56-9, março 2000.

CASTRO, Marcus. *Políticas e Relações Internacionais:* fundamentos clássicos. 1.ed. Brasília: UnB, 2005. p. 17-29.

CAVALCANTI, André. Ensino Jurídico e Concurso Pùblico. p. 179-86. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 18, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 3-39.

FERNANDES, Márcio. O concurso público como corolário do princípio da igualdade. p. 17-28. In: *Caderno Aslegis*, Brasília, vol. 11, setembro-dezembro 2007.

GALTUNG, Johan. *Direitos Humanos – uma nova perspectiva*. 1.ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

LASCH, C. *The culture of narcissism. American life in age of diminishing expectations*. New York: W. Norton, 1978.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAIA, Márcio; QUEIROZ, Ronaldo. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo. Concurso Público na Administração. In: *Síntese Trabalhista*, ano VI, vol. 77, p. 15-29, novembro 1995.

MENDES, Gilmar. O princípio do concurso público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. p. 163. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 25, vol 100. p. 163-174, outubro-dezembro 1988.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. 1. ed. Martin Claret. São Paulo, 2000. p. 59-60.

PITROWSKY, Marcia. Concurso Público: uma ferramenta para gestão eficiente. In*: Revista de Administração Municipal*, ano 52, n. 260, p. 5-12, outubro/novembro/dezembro 2006.

SEGADO, Francisco. *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeokelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*. Disponível em:<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359> Acesso em: 4 set. 2008.

SILVA, Almiro. Correção de Prova de Concurso Público e Controle Jurisdicional. In: WAGNER JUNIOR, Luiz (org.). *Direito Público Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari.* 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo.* 1. ed. São Paulo. Martin Claret, 2001.

A NECESSIDADE DOS PRAZOS ESPECIAIS PARA A FAZENDA PÚBLICA ATUAR EM JUÍZO

Micheline Silveira Forte Bezerra
Advogada da União,
Especialista em Direito Público pela
Universidade de Brasília - UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Fazenda Pública em Juízo; 1.1 Os instrumentos processuais conferidos à Fazenda Pública; 1.2 O porquê dos prazos especiais (artigo 188 da Lei n.º 5.869/73 – CPC); 1.2.1 A aplicação dos princípios da Isonomia e da Supremacia do Interesse Público; 1.2.2 Prazos especiais para a Fazenda Pública: Prerrogativas ou privilégios? 2 Os prazos especiais e a prestação jurisdicional; 2.1 O equívoco perpetrado pelo Projeto de Lei n.º 4.331/2001; 3 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho fornece elementos que reafirmam a importância da manutenção na legislação pátria, dos instrumentos processuais conferidos a Fazenda Pública. Aborda-se a necessidade da manutenção de prazos especiais para a Fazenda Pública; a possibilidade de compatibilização destes prazos com os princípios da efetividade do processo, da instrumentalidade, da isonomia, da celeridade e da razoável duração do processo; o atraso na prestação jurisdicional; e o abalo da credibilidade do Poder Judiciário pela demora jurisdicional.

Analisa-se, inclusive, a possibilidade de mudança legislativa sugerida pelo Projeto de Lei n.º 4.331/2001, que propõe a revogação do artigo 188 do Código de Processo Civil Brasileiro, sob a justificativa de retirar do ordenamento jurídico brasileiro, "resquício dos tempos da ditadura"; que é o de tratar a Fazenda Pública de modo privilegiado em relação ao particular.

Ao final, tenta demonstrar que, a questão dos prazos especiais não pode ser examinada de forma reducionista, como o quer fazer o Projeto de Lei n.º 4.331/2001, pois não se pode simplesmente querer afastar a aplicação do princípio da isonomia do plano processual, sob o argumento de que os ônus decorrentes das lides forenses têm de ser arcados por todos, sejam as partes particulares, Fazenda Pública ou Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVES: Fazenda Pública. Prazos Especiais. Prerrogativas. Privilégios. Revogação. Art. 188 do CPC.

ABSTRACT: The present work supplies elements that reaffirm the importance of the maintenance in our country's legislation, of the procedural instruments invested in the Public Treasury/ Finance. We have approached the necessity of maintenance of special deadlines for the Public Treasury/Finance; the possibility of turning these deadlines compatible with the principle of the procedure effectiveness, instrumentality, equality, celerity and of the reasonable duration of the procedure; the delay in jurisdictional service; and the shaken credibility of the Judicial Branch because of jurisdictional delay.

It also analyzes the possibility of a legislative change suggested by the Bill n.º 4.331/2001, which proposes the repeal of the article 188 of the Brazilian Civil Procedure Code, under the justification for withdrawing from the Brazilian legal system "any traces of the dictatorship times"; that is, treating the Public Finance in a way that is privileged in relation to the private one.

Finally, it tries to demonstrate that the matter of the special deadlines cannot be examined in a reductionist way, as it is the intention of the Bill n.º 4.331/2001, since it is not possible one simply wants to remove the application of the principle of equality from the procedure plan, under the argument which states that the burdens resulting from the court proceedings have to be shared by everyone, no matter the sectors involved, whether they are Private, the Public Finance or the Public Prosecution Service.
KEYWORDS: Especial Periods. Prerrogativs. Privileges. Revocation art. 188 CPC.

INTRODUÇÃO

Apesar da consolidação de toda uma construção lógica, legal, doutrinária e jurisprudencial que compreende a idéia de que o todo vem antes das partes, e que o interesse individual deve se subordinar ao interesse coletivo, volta à baila, neste momento em que o processo civil brasileiro tem sido objeto de constantes alterações legislativas, a necessidade de se reafirmar a importância dos instrumentos processuais conferidos à Fazenda Pública, chamados por alguns de prerrogativas, e por outros de privilégios, dando-se ênfase, prioritariamente, ao que trata dos prazos especiais explicitados pelo artigo 188 do Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 com alterações.

O tema é inquietante, suscitando vários questionamentos, dentre eles: a necessidade da manutenção de prazos especiais para a Fazenda Pública; a possibilidade de compatibilização destes prazos com os princípios da efetividade do processo, da instrumentalidade, da isonomia, da celeridade e da razoável duração do processo; o atraso na prestação jurisdicional; e o abalo da credibilidade do Poder Judiciário pela demora jurisdicional.

É à vista dessas idéias, que se busca desenvolver o presente texto, com a análise, inclusive, da possibilidade de mudança legislativa sugerida pelo Projeto de Lei n.º 4.331/2001, que propõe a revogação do artigo 188 do Código de Processo Civil Brasileiro, sob a justificativa de retirar de nosso ordenamento jurídico,"resquício dos tempos da ditadura; que é o de tratar a Fazenda Pública de modo privilegiado em relação ao particular."

Procura-se demonstrar com o presente trabalho que a questão dos prazos especiais não pode ser tratada de forma reducionista, como o quer fazer o Projeto de Lei n.º 4.331/2001, que propõe a revogação do artigo 188 do Código de Processo Civil, pois não se pode simplesmente

querer afastar a aplicação do princípio da isonomia do plano processual, sob o argumento de que os ônus decorrentes das lides forenses têm de ser arcados por todos, sejam as partes particulares, Fazenda Pública ou Ministério Público.

Assim, como forma de contribuir para o debate que está sendo travado no Congresso Nacional, passa-se a explanar algumas considerações sobre os prazos diferenciados concedidos à Fazenda Pública, abordando principalmente os motivos ensejadores destas prerrogativas processuais, bem como a aplicação dos princípios da Isonomia e da Supremacia do Interesse Público, sem perder de vista o objetivo de se tentar fazer uma abordagem sistemática da questão.

1 A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

Num Estado Democrático de Direito, as funções estatais, seguindo ensinamentos de Montesquieu[1], que apesar de não ter sido o criador da doutrina de separação de poderes, foi reconhecidamente, quem deu o impulso primordial para transformá-la em doutrina de Estado Constitucional[2], dividem-se em: executiva, legislativa e judiciária.

A função executiva, também chamada de função administrativa, apesar de ser desincumbida, também, pelos Poderes Legislativo e Judiciário, é função típica do Poder Executivo. Já o termo Administração Pública, por sua vez, alberga em conotação ampla, os órgãos e entes públicos que podem se revestir de regime jurídico de direito público, ou regime jurídico de direito privado. Entretanto, de acordo com o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[3], somente os que adotam o regime jurídico de direito público é que gozam das prerrogativas do intitulado regime jurídico-administrativo, que abrange, primordialmente, o conjunto de traços, de conotações, que coloca a Administração Pública numa posição superior, privilegiada.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho[4] a expressão Administração Pública possui mais de um sentido:

> No sentido objetivo, exprime a idéia de atividade, tarefa, ação, enfim a própria função administrativa, constituindo-se como o alvo

1 MONTESQUIEU.O Espírito das Leis. *De l'Esprit des Lois.* 1748.

2 PIÇARRA,Nuno.*A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional.* Coimbra: Coimbra, 1989. p.122.

3 PIETRO,Maria Sylvia Zanella Di.*Direito Administrativo.*13. ed. São Paulo: Atlas. 2001. p.64.

4 FILHO, José dos Santos Carvalho.*Manual de Direito Administrativo.* 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p 341.

> que o governo quer alcançar. No sentido subjetivo, ao contrário, a expressão indica o universo de órgãos e pessoas que desempenham a mesma função.

E qual o termo a se utilizar quando a Administração Pública encontra-se em juízo?

Para Hely Lopes Meirelles[5]:

> A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque o seu erário é que suporta os encargos da demanda.

Na verdade, a expressão Fazenda Pública é utilizada para designar as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações públicas). Pode ser compreendida, também, como: Estado arrecadador (fisco), como sinônima de Estado em juízo ou Ente Público em juízo.

Assim, o termo Fazenda Pública ora se apresenta como Estado que litiga em juízo, ora como Estado que arrecada. Para o desenvolvimento do presente texto, utiliza-se a expressão Fazenda Pública como sinônima de Estado que litiga.

1.1 OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS CONFERIDOS À FAZENDA PÚBLICA

Ressalta-se que, mesmo reduzida à condição de parte no processo e sujeita à decisão judicial, a Fazenda Pública quando litiga o faz em nome de toda a coletividade, pois possui a incumbência de guarda do interesse público, sendo dotada, por esta condição, de alguns instrumentos processuais que garantem:

1) prazos diferenciados para litigar em juízo, em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, conforme dispõe o artigo 188 do CPC[6] e o artigo 10 da Lei nº 9.469/97[7], que estendeu estes prazos às autarquias e fundações públicas;

---

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 590.

6 Lei nº 5.869/73: " Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público."

7 Lei nº 9.469/97: "Art. 10. Aplica-se às autarquias e fundações públicas o disposto nos arts. 188 e 475, caput, e no seu inciso II, do Código de Processo Civil."

2) foro especial, conforme o inciso I, do artigo 99 do CPC[8];

3) fixação de honorários sucumbenciais, mediante apreciação eqüitativa do juiz, conforme dispõe o artigo 20, parágrafo 4.º do CPC[9];

4) duplo grau de jurisdição ou reexame necessário, nos termos do artigo. 475, incisos I e II do CPC[10]:

5) dispensa de depósito prévio para o ajuizamento da ação rescisória, de acordo com o parágrafo único do artigo 488 do CPC[11];

6) dispensa do adiantamento das despesas de atos processuais, como o preparo para a interposição de recurso, artigo 27 do CPC[12];

7) impenhorabilidade de bens da União, artigo 20 da CF/1988[13];

---

8 Lei nº 5.869/73."Art. 99. O foro da Capital do Estado ou do território é competente: I - para as causas em que a União for autora, ré ou interveniente;"

9 Lei nº 5.869/73."Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.[...] § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

10 Lei nº 5.869/73."Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública."

11 Lei nº 5.869/73."Art. 488. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos esseciais do art. 282, devendo o autor: I - cumular o pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa; II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no n. II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público."

12 Lei nº 5.869/73."Art. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas ao final pelo vencido."

13 CF/88. "Art. 20. São bens da União:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

8) prazo em dobro para se apresentar contestação no procedimento sumário, nos termos do artigo 277, caput, do CPC[14];

9) audiência prévia em caso de requerimento de medida liminar em ação possessória, nos termos do parágrafo único do artigo 928 do CPC[15];

10) processo especial de execução, através de expedição de precatórios, artigo 100 da CF/88[16].

Esses instrumentos processuais, chamados por alguns de privilégios e por outros de prerrogativas, até hoje causam na doutrina uma acirrada discussão que tem por intuito descobrir se tais instrumentos processuais violam o princípio constitucional da isonomia, esculpido no artigo 5.º da Constituição Federal de 1988.

A doutrina majoritária, apesar de ainda ser vacilante sobre o termo técnico a ser utilizado: privilégio ou prerrogativa compreende que, para litigar, a Fazenda Pública deve ser dotada de instrumentos

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios."

14 Lei nº 5.869/73."Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de 30 (trinta) dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de 10 (dez) dias e sob a advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro."

15 Lei nº 5.869/73."Parágrafo único. Art. 928. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais."

16 CF/88. "Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos abertos para este fim."

processuais especiais, que encontram assento no princípio da Supremacia dos Interesses Coletivos sobre os Interesses Individuais, como forma de fazer com que os interesses da coletividade transcendam os interesses privados, descartando qualquer vulneração ao princípio da igualdade das partes litigantes.

Desse modo, verifica-se que os instrumentos processuais pelos quais é dotada a Fazenda Pública não são resultados de mera opção do legislador, decorrem substancialmente do regime jurídico-administrativo a que está submetida e são imprescindíveis para a consecução do interesse público.

Ocorre, todavia, que, no meio jurídico, muito já se fez para se tentar ampliar para as pessoas jurídicas de direito privado alguns desses instrumentos processuais que são ínsitos à atuação da Fazenda Pública em juízo. Cita-se como exemplo o caso concreto da apreciação da constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do Decreto-lei n.º 509/69, que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, um processo especial de execução que consiste na necessidade de estabelecimento de uma fila para precatório, nos termos do disposto no artigo 100 da Constituição Federal de 1988[17].

Transcreve-se a ementa do julgamento do RE-ED 230051/São Paulo de 14.10.2003, *in verbis*:

> EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69.
>
> 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido.

17 CF/88."Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresnetação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos abertos para este fim."

> Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Vícios no julgamento. Embargos de declaração rejeitados.

Nesse caso, o Pretório Excelso adotou o entendimento de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é empresa pública criada pelo Decreto-Lei n.º 509, de 10 de março de 1969, com capital constituído integralmente pela União Federal, gozando de "privilégios" equivalentes aos da Fazenda Pública.

Esse precedente é específico para as empresas públicas, no estrito exercício do serviço público, separando-se o que é atividade econômica, neste ponto não sujeita a nenhuma prerrogativa, da prestação do serviço público estatal por entidade descentralizada. Mesmo assim, este julgamento não muda o fato de que, quando a legislação processual se refere ao termo Fazenda Pública está falando de União, Estados, Municípios, Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações[18]. E mais, a própria definição de Fazenda Pública como sinônima de Estado em juízo, é fator excludente da extensão de suas prerrogativas às pessoas jurídicas de direito privado. A legislação processual ao utilizar a expressão Fazenda Pública está a referir-se às pessoas jurídicas de direito público, jamais às de direito privado.

É importante considerar também, que a Fazenda Pública é o ente destinado a preservar o interesse público. De acordo com o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[19] "a Administração Pública não é titular do interesse público, mas sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público".

Assim, quando a Administração Pública atua para a proteção dos bens e interesses públicos, o faz em nome terceiros (coletividade), não tendo a sua livre disponibilidade, cabendo-lhe apenas geri-los, conservá-los. A verdadeira titular dos direitos e interesses públicos é a coletividade, mas, é função da Administração Pública a guarda e proteção de tais direitos.

E é, em virtude da atividade de tutela do interesse público, que a Fazenda ostenta uma condição diferenciada das outras pessoas, seja física ou jurídica de direito privado.

Para José Roberto de Moraes[20]:

18 Com relação às fundações, é bom consignar que, alguns acórdãos vêm entendendo que, não basta terem a denominação de fundação, é necessário ostentarem o regime jurídico público, ou seja, devem ser criadas por lei para exercerem atividade pública.

19 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di.*Discricionaridade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas. 1991. p.160.

20 MORAES, José Roberto de. *Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 69.

> Quando a Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso.

1.2 O PORQUÊ DOS PRAZOS ESPECIAIS (ARTIGO 188 DA LEI N.º 5.869/73 – CPC)

Compreendido o fato de que a Fazenda Pública quando litiga o faz para exercer a função de "guardiã" do interesse público, se identificando com a idéia de bem comum e de atendimento à finalidade da lei, parte-se para o dia-a-dia forense, que demonstra, inevitavelmente, a necessidade de se manter em vigor o artigo 188 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Veja-se que o processo consiste num conjunto de atos destinado à solução de interesse resistido e cada ato processual deve ser praticado no tempo próprio (num prazo), tendo a sua desobediência o efeito de acarretar a preclusão do ato, sendo, portanto, decisivo para o processo. E de acordo com os ensinamentos de Leonardo José Carneiro da Cunha[21], os prazos judiciais se dividem em: prazos próprios (são os fixados para as partes, sua desobediência gera preclusão) ou impróprios (são fixados em lei como mero parâmetro, não gera preclusão, ex: o prazo que o magistrado tem para julgar uma ação), prazos legais (são os prescritos pela lei), prazos judiciais (são os impostos pelo magistrado – art. 177 do CPC) e prazos convencionais (são os fixados de comum acordo pelas partes).

Assim, quando a Fazenda Pública atua em juízo presentada[22] por seus procuradores, segundo a clássica distinção realizada por Pontes de Miranda, é parte processual e se submete aos prazos próprios, legais e judiciais.

O artigo 188 do Código de Processo Civil Brasileiro estabelece para a Fazenda Pública "prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer", como forma de garantir que a sua atuação como "guardiã" do interesse público seja a mais ampla possível, já que possui uma estrutura organizacional complexa e burocrática, em razão da incumbência de guarda e execução dos interesses de toda uma coletividade.

---

21 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo.* 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.37-40.

22 "O órgão presenta a pessoa jurídica: os atos processuais do órgão são atos dela, e não de representante.", *in* MIRANDA, Pontes. *Tratados das Ações.* Tomo I. São Paulo: Bookseller, 1998. p. 269.

A complexidade da Administração Pública, na maioria das vezes, a coloca em posição processual de desvantagem, pois até a defesa ser apresentada em juízo, o pedido de informações e documentações necessárias para instruí-la segue uma rotina lenta, passando por uma série de departamentos e órgãos, até chegar às mãos do procurador responsável pelo processo. E não há como negar que a Fazenda Pública lida com uma infinidade de processos, os quais tratam de diversas matérias sem que haja a menor possibilidade de escolha sobre as ações que devam ser defendidas. E como se sabe, não existe, por parte da Administração Pública, a livre faculdade de aumento e diminuição de quadros, hoje ainda escassos, de Advogados Públicos e de pessoal administrativo, considerando a quantidade de causas existentes.

Qualquer criação de novos cargos deve seguir o rígido procedimento legislativo previsto pela Constituição Federal de 1988, sem que se esqueça, tampouco, das regras financeiro-orçamentárias e da imperiosa regra de realização de concursos públicos para preenchimento destes cargos, e isto, certamente, não se resolve do dia para noite, diferenciando-se de forma indiscutível em relação às práticas de contratação adotadas por um escritório de advocacia privado.

Some-se a isso a qualidade do interesse defendido em juízo, as dificuldades de ordem prática do litígio entre o particular e a Administração Pública, tendo em vista as limitações de ordem burocrática. A maioria das demandas envolvendo a Fazenda Pública é de grande complexidade não somente diante dos temas envolvidos como também do número de litigantes que, não poucas vezes, chega a centenas, tudo agravado pela quantidade de ações postas em juízo.

Atualmente, as pessoas que defendem a idéia da revogação do artigo 188 do Código de Processo Civil se apegam ao argumento de que os prazos especiais passaram a ser, na verdade, privilégios inadmissíveis, pois a Administração Pública modernizou sua estrutura funcional, tendo se informatizado, não podendo ser mais considerada uma estrutura lenta e sem preparo técnico.

É certo que a máquina estatal vem se modernizando com o passar do tempo, as melhoras são visíveis e o crescimento do País é reflexo disto. Entretanto, a modernização implementada ainda não é capaz de embasar a revogação do artigo 188 do Código de Processo Civil, nem tampouco pode ser analisada isoladamente.

Neste andar, é interessante citar como exemplo a situação institucional dos advogados públicos federais. Antes do advento da Constituição de 1988, a União era representada em juízo pelo Ministério Público. A Procuradoria-Geral da República representava em juízo a União com o auxílio do Ministério Público Estadual. Com a Constituição

de 1988 veio a se corrigir o equívoco da representação da União. O legislador constitucional optou por criar ao lado do Ministério Público, outras funções essenciais à justiça, como a Advocacia Pública. O artigo 131 da Constituição de 1988 enuncia que compete à Advocacia-Geral da União diretamente ou através de órgão vinculado, a representação da União, judicial e extrajudicialmente, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Ocorre que, passados quinze anos da edição da Lei Complementar n.º 73, lei orgânica da Advocacia-Geral da União, verifica-se que, apesar de alguns avanços, a Advocacia Pública não se encontra devidamente aparelhada, continua necessitando preencher seus quadros com membros, e de uma estrutura de servidores de nível superior na área jurídica. Devendo-se lembrar, inclusive, que até hoje, somente foi realizado um concurso para servidores da Advocacia-Geral da União.

A falta de estruturação também afeta a Procuradoria-Geral Federal, que foi criada pela Lei n.º 10.480, de 2 de julho de 2002, constituindo-se órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, o que, sem dúvida, prejudica a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações federais, bem como as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, além da cobrança da dívida ativa.

Ora, se os órgãos que cuidam da representação jurídica da União e das suas autarquias e fundações federais em juízo, como é o caso da Advocacia-Geral da União e de seu órgão vinculado, Procuradoria-Geral Federal, ainda se encontram em fase de estruturação, não existe a mínima possibilidade de a Fazenda Pública abrir mão dos prazos diferenciados para litigar.

Assim, enquanto a Advocacia-Geral da União não for remodelada por nova Lei Complementar adequada ao reconhecimento de seu *status* constitucional de Função Essencial à Justiça, e não ganhar força o movimento pela autonomia de suas atividades administrativas e judiciais, que se baseia na atuação relevante de seus membros, inclusive, daqueles que atuam junto à Procuradoria-Geral Federal, não se pode aceitar a revogação do artigo 188 do Código de Processo Civil, que garante a existência dos prazos diferenciados para a Fazenda Pública.

Por fim, é importante consignar, que o exame sobre a revogação ou não, do artigo 188 do Código de Processo Civil, não pode levar em consideração somente as questões de modernização do aparato Estatal, pois existem questões mais importantes, como a aplicação dos princípios constitucionais da Isonomia e da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Particular, bem como o cotejamento do princípio da razoabilidade que deve ser discutido e sopesado. Logo, não há que se falar em condições novas autorizadoras que justifiquem a revogação do

artigo 188 do Código de Processo Civil, ao contrário, a manutenção dos prazos diferenciados é imperativo para a Fazenda Pública exercer sua função de tutela do interesse público.

1.2.1 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O artigo 5.º da Constituição Federal de 1988 proclama que: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]". Por outro bordo, o próprio Código de Processo Civil, através de seu artigo 125, inciso I, ao erigir o princípio da igualdade no processo, prescreve ao juiz que assegure às partes igualdade de tratamento, para que possam demonstrar suas razões e tenham as mesmas oportunidades.

Logo, ao mencionar a igualdade processual, a Lei refere-se à oportunidade de o contraditório ser exercido de forma isonômica entre as partes, dando-lhes a possibilidade de participarem da formação do convencimento do magistrado, para que possam trazer para o processo os elementos necessários e suficientes que demonstram seu direito. Assim, ao garantir a igualdade de oportunidade entre as partes, aplica-se o princípio da isonomia.

As regras processuais que garantem à Fazenda Pública prazos diferenciados também é resultado da aplicação do princípio da Isonomia, na medida em que se confere tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

O objetivo pretendido pelo princípio da Isonomia é o de manter o equilíbrio entre as partes. Equilíbrio este que é buscado em todo o Código de Processo Civil Brasileiro, não podendo os prazos especiais serem taxados como simples privilégio conferido à Fazenda Pública. Caso contrário, várias disposições deste código, que claramente tentam manter o equilíbrio entre as partes, também poderiam ser apontadas como privilégios e objeto de pedido de revogação. Cita-se, como exemplo, o artigo 82, inciso I, que prevê a intervenção obrigatória no processo do Ministério Público como fiscal da lei, quando houver a presença de incapaz, bem como o artigo 83, inciso II, que confere poderes ao Ministério Público para requerer diligências e provas que poderão beneficiar o incapaz.

Assim, não se pode supor que a distinção de prazos para os entes públicos ofenderia o princípio da igualdade processual das partes, uma vez que tais benefícios processuais são estabelecidos justamente para equilibrar a balança da justiça, onde o peso das responsabilidades estatais faz pender, em demasia, contra a Administração Pública, através dos ônus e deveres processuais.

O Código de Processo Civil ao estabelecer no seu art. 188 que "computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou Ministério Público", não se distancia do princípio da igualdade, ao contrário, surge de uma necessidade de um estabelecimento de uma verdadeira isonomia. Seguindo-se os ensinamentos de Nelson Nery Junior[23], se verifica que o princípio da igualdade garante:

> a proteção da igualdade substancial, e não a isonomia meramente formal". E ensina que: "Antes de caracterizar ofensa ao princípio constitucional da igualdade de partes, o benefício de prazo vem constituir-se como afirmação e efetivação do princípio traduzindo-se como medida de eqüidade, pois trata partes desiguais (Fazenda Pública e Ministério Público) desigualmente, atuando em prol da igualdade substancial de que já falamos.

Em outras palavras, a igualdade estabelecida na Constituição é a material, ou seja, a voltada para a concepção aristotélica, significando que o tratamento oferecido pelo ordenamento deve ser na medida da igualdade dos iguais e da desigualdade dos desiguais. Assim, entramos na questão da justiça distributiva, assim compreendida em "dar a cada um conforme seu valor".[24]

Portanto, o ordenamento constitucional possibilita a existência de concessões ou limitações a uma das partes conforme a necessidade de se aumentar ou diminuir o seu poder postulatório, objetivando igualar as condições efetivas entre os litigantes. Com isso, a igualdade processual não deve ser entendida ou interpretada no sentido de sempre nivelar o particular ao Poder Público, já que este age em nome da coletividade, na qual se insere o próprio particular.

Em contraposição, aparece José Augusto Delgado[25] que defende que, a igualdade consagrada pela Constituição de 1988 deve ser entendida como igualdade material e formal. A igualdade material significando que se deve dar tratamento uniforme e igualdade de oportunidades a todos, jamais alcançada segundo sua posição. Sendo importante para o jurista, na verdade, a igualdade formal, por ser a expressa pelo texto

---

23 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.87.

24 GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença-Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.40.

25 DELGADO, José Augusto. A Tutela do Processo na Constituição de 1988: Princípios Essenciais. In: Revista de Processo, São Paulo, nº 55. p. 81-97, julho-setembro 1989.

constitucional. Logo, entende que os prazos diferenciados, expostos pelo artigo 188 do Código de Processo Civil, ferem a igualdade formal apregoada pela Constituição Federal de 1988.

Nesse momento, é interessante esclarecer que mesmo que se compreenda que a igualdade exposta pela Constituição Federal não é somente a material, não se pode perder de vista que a igualdade jurídica não pode eliminar ou neutralizar a conceituação realista de isonomia, pois se busca a igualdade proporcional, que é o tratamento igual aos substancialmente iguais. Na verdade, as prerrogativas de prazo para a Fazenda Pública constituem um instrumento de concretização da igualdade processual. É impossível falar de paridade de armas no processo quando se sabe que a Fazenda Pública quando em juízo, não age em nome de interesses individuais, mas sim no interesse maior da sociedade.

Acerca da supremacia do interesse público, José dos Santos Carvalho Filho[26] explica que:

> As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracteriza-se como o Welfare State (Estado/bem-estar), ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais.

Não se pode esquecer que o interesse público, como o interesse do todo, nada mais é do que uma forma, um aspecto, uma função qualificada do interesse das partes, ou seja, não há como se conceber que o interesse público seja contraposto e antinômico ao interesse privado. Caso assim fosse, teria que se rever à concepção do que seja a função administrativa. O interesse público nada mais é do que a expressão dos direitos individuais, vista sob um prisma coletivo. Diante disto, é fácil concluir que a Fazenda Pública não pode ser tratada como uma parte comum, eis que defende os superiores interesses do Estado, nos

26 FILHO,José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo.* 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p.17.

quais se subsumem os próprios interesses individuais, fato que impõe tratamentos diferenciados em favor do ente estatal, como forma de preservação do interesse público.

Neste andar, verifica-se que as regras especiais conferidas à Fazenda Pública, mormente a que trata dos prazos especiais ou diferenciados, são válidas e atentam para os princípios constitucionais da Isonomia e da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, pois tal benefício, surge, principalmente, em razão de sua função distinta das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

1.2.2 PRAZOS ESPECIAIS PARA A FAZENDA PÚBLICA: PRERROGATIVAS OU PRIVILÉGIOS?

Alguns autores, dentre eles, De Plácido e Silva[27],consideram que os termos prerrogativa e privilégio são sinônimos, pois designam um direito com caráter de exclusividade à pessoa. Este entendimento, por sua vez, acaba por fortalecer a idéia de que os instrumentos processuais conferidos à Fazenda Pública tenham o nome que tiverem: prerrogativa ou privilégio, têm por intuito, único e somente, o de favorecê-la juridicamente.

Hodienarmente, entretanto, não existe qualquer possibilidade de se tratar as prerrogativas processuais como sinônimas de privilégios. Trata-se de institutos jurídicos diversos. Os privilégios são tratamentos diferenciados em razão da pessoa. Já as prerrogativas se referem à função pública exercida.

A diferença parece tênue, mas, sem dúvida, é de grande interesse jurídico. A Fazenda Pública não é detentora de prazos diferenciados em razão de ser pessoa jurídica de direito público. Na verdade, foram-lhe conferidas prerrogativas processuais, o que é bem diferente de privilégio, em razão da função de ser a "guardiã"[28]do interesse público. E é por esta função de tutela, que ostenta condição diferenciada das demais pessoas físicas ou jurídicas, já que atua na condição de gestora dos interesses da coletividade.

Leonardo José Carneiro da Cunha[29], por sua vez, afirma que a distinção entre prerrogativas processuais e privilégios, se encontra no estabelecimento da vantagem. Se for uma vantagem sem fundamento,

---

27 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico.* Vol. III, J-P. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.432.

28 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Discricionaridade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas. 1991. p.160.

29 CUNHA,Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo.* 6.ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.34.

será um privilégio. Todavia, se a vantagem conferir fundamento razoável, será uma prerrogativa. Veja-se:

> Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confiram condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns como privilégios. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes - os privilégios - consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As "vantagens" processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de prerrogativas, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

À luz de tais entendimentos, deve-se atentar, também, para o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade que repousam, portanto, na necessidade de construir o Direito harmonizado com os vários interesses antagônicos existentes numa mesma relação jurídica. Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas, implicando regras cujo estabelecimento depende de uma ponderação. Logo, compreende-se que a Fazenda Pública é dotada de prerrogativas processuais, pois estes instrumentos não têm apenas a finalidade de preservação do erário, sua finalidade maior é proteger às mais diversas áreas de interesse público que devem estar sempre acima dos interesses particulares, não se podendo admitir que, em nome da igualdade processual, permita-se perecerem direitos e bens que pertencem a toda a coletividade.

2 OS PRAZOS ESPECIAIS E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Sempre em momentos de alterações do processo civil brasileiro, volta à baila discussões sobre a necessidade de se dar efetividade ao processo. E surgem, invariavelmente, várias críticas ao Poder Judiciário, sejam em relação à lentidão para a sua resposta jurisdicional ou ainda relacionadas a ineficácia de seus julgados.

Em resposta às críticas desferidas, surgem defensores do Poder Judiciário, que tentam modificar o foco da discussão que lhes causa desprestígio, para atribuir responsabilidade à Fazenda Pública, quase sempre com os argumentos de que a outorga de prerrogativas à Fazenda Pública refletem na entrega tardia do direito reclamado na via judicial, o que provoca grave abalo da credibilidade e o coloca em posição de desvantagem em relação aos demais Poderes.

É verdade que o processo civil brasileiro sofre de alguns problemas que necessitam ser modificados e que o Poder Judiciário não é o único responsável pela demora na prestação jurisdicional. Entretanto, não é correta a tentativa que vem ganhando corpo de uns anos para cá, no sentido de se inverter as posições para atribuir responsabilidade à Fazenda Pública pela lentidão dos processos, pois a atuação da Fazenda em juízo se dá na condição de parte, mesmo tendo a prerrogativa de prazo diferenciado, em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, ela tem um prazo a cumprir, bem diferente da situação do juiz, que é o responsável pela condução do processo[30] e, mesmo assim, possui prazo impróprio para se manifestar, o que significa dizer que, o não cumprimento do prazo estabelecido na lei, não gera preclusão (perda da faculdade processual), é um mero parâmetro para a sua atuação.

Assim, é interessante que sejam feitas reflexões sobre esse tema, até porque, os processos costumam durar anos, às vezes décadas, não havendo como se atribuir responsabilidade à Fazenda Pública que possui, em geral, sessenta dias para contestar e trinta dias para recorrer. Deve-se sopesar dentro de um juízo de razoabilidade o quanto esta prerrogativa de prazo diferenciado influi para a demora na entrega da prestação jurisdicional.

Ressalta-se que a demora na entrega da prestação jurisdicional não acontece somente nas ações em que a Fazenda Pública é parte. A demora também acontece nas ações entre particulares. Sendo válido lembrar que, em muitos casos, os prazos especiais, expostos no artigo 188 do Código de Processo Civil não se aplicam. Exemplifica-se com as hipóteses: prazo de cinco dias previsto na Lei nº 9.800/1999 destinado à chegada dos originais ao Juízo no caso de petições por meio eletrônico ou por fac-símile, depósito de rol de testemunhas, prazo para indicação de assistente técnico e formulação de quesitos na perícia, prazo de três dias do artigo 526 do Código de Processo Civil, relativo a juntada de cópia do agravo de instrumento em primeira instância, prazo para embargos do devedor, além dos prazos na ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Desse modo, é importante que se busque descobrir quais são os verdadeiros problemas que necessitam ser corrigidos para que sejam atendidos os princípios da efetividade do processo, da instrumentalidade e da celeridade. A procura de culpados, não soluciona a questão, ao contrário, pode ser utilizada como uma maneira de se tentar subverter

30 Lei nº 5.869, de 11/01/73: "Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III-prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes."

o estado de direito para beneficiar o interesse privado em detrimento do interesse público.

Em interessante trabalho sobre a efetividade do processo, texto que se encontra na internet[31], o Juiz Federal Francisco Barros Dias aponta alguns dos defeitos que devem realmente ser considerados como os causadores da lentidão e ineficácia do Poder Judiciário. Para o autor, a busca da efetividade do processo passa necessariamente pela eliminação do recurso especial em razão da divergência da jurisprudência, redução do efeito suspensivo aos recursos, redução do número de recursos e a excepcionalidade de utilização, além da necessidade de transformação de toda a execução de título judicial em mandamental.

A busca pela celeridade processual ou duração razoável do processo vem de longa data, sendo reconhecida inclusive como direito fundamental pela Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais, subscrita em 1950, com as modificações introduzidas pelo Protocolo nº 11[32]. Entretanto, este princípio da *duração razoável do processo*, somente foi inserido na Constituição de 1988, somente através da Emenda Constitucional nº 45/2004, que modificou o inciso LXXVIII, do artigo 5º, para consignar que:

> a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de tramitação.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que tem o Brasil como um de seus signatários, sendo promulgada pelo Decreto n.º 678, de 9 de novembro de 1992, também tratou da questão no seu artigo 8º:

> Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

---

31 DIAS, Francisco Barros. *A busca da efetividade do processo.* Disponível em: <http:// www.jfpb.gov.br/esmafe/pdf_esmafe>. Acesso em: 19 jul. 2008.

32 DONNINI,Thiago Lopes Ferraz. *Direito Fundamental à duração razoável do processo.* São Paulo: Uol. Juz Navigandi, 2005. Disponível em: <http:// www.URL:http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7783>.

Isso demonstra que a insatisfação da sociedade com a prestação jurisdicional vem de longa data. E com certeza, não se trata de insatisfação somente com a demora na entrega da prestação jurisdicional. Atualmente, o que a sociedade busca é uma prestação jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada. A urgência reclamada para a solução dos conflitos, entretanto, não pode ultrapassar o limite do razoável, ou seja, não pode comprometer o interesse do todo, ou seja, os interesses individuais reclamados não são mais importantes que os interesses da coletividade, representada pela Fazenda Pública em juízo.

Leonardo José Carneiro da Cunha[33] ressalta após análise do direito comparado, em especial do Direito Francês, Italiano, Alemão, Espanhol e Português, que a Fazenda Pública recebe tratamento diferenciado dos particulares no mundo todo, tendo, por isso, a doutrina negado a existência de igualdade entre a Fazenda Pública e os particulares.

Sendo assim, ousa-se concluir que, os prazos diferenciados são na verdade prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública e, por isso, não podem ser considerados como os "culpados" pela inefetividade da prestação jurisdicional, nem devem ser objetos de modificação, pois a sua existência é perfeitamente compatível com os princípios informadores do processo, em especial com o princípio da isonomia e mesmo com aqueles que pregam a efetividade do processo, incluindo-se instrumentalidade e celeridade ou razoável duração do processo.

2.1 O EQUÍVOCO PERPETRADO PELO PROJETO DE LEI Nº 4.331/2001

O Professor Cândido Rangel Dinamarco[34] ao discorrer sobre a Fazenda Pública, infelizmente, sem tecer maiores considerações, simplesmente a trata como uma "superparte", o que faz com que equívocos se perpetuem, principalmente no que concerne à tentativa de se ligar as prerrogativas processuais da Fazenda Pública à época da ditatura, pois leciona que:

> No modelo infraconstitucional do processo civil brasileiro, plasmado sob Getúlio Vargas no Código de 1939 e continuando pelo vigente, figurava desde o início alguns pontos de uma autoritária preocupação em favorecer o Estado como litigante. Tais eram os benefícios dos prazos mais dilatados concedido à Fazenda e ao Ministério Público (CPC-73, art. 188), a devolução oficial instituída em favor daquela (art. 475, incs. II-III) e a quase-absoluta impenhorabilidade dos bens

33 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.35-36.

34 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2001.

> das pessoas jurídicas de direito público (arts. 730 ss., c/c Const., art. 100). O Código de Processo Civil de 1973 acrescentou ainda a dispensa do depósito equivalente a 5% do valor da causa nas ações rescisórias propostas por aquelas entidades estatais (art. 488, par.). Já na vigência do primeiro código nacional, algumas leis especiais trouxeram, sempre com o intuito de privilegiar o Estado, veto à concessão de medidas de urgência, como são as liminares em geral. Depois disso e não obstante as generosas falas dos constituintes de 1988 e do atual Presidente da República contra o gigantismo estatal, várias outras disposições legislativas vêm surgindo, sempre a beneficiar aquelas superpartes – e com agravante de virem nas vestes de medidas provisórias editadas sem o requisito da urgência, que ao menos formalmente poderia dar a impressão de legitimá-las.

O Projeto de Lei n.º 4.331/2001, que tem como objetivo revogar o artigo 188 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, também tem como justificação "retirar de nosso ordenamento jurídico um resquício dos tempos da ditadura, que é o de tratar a Fazenda Pública de modo privilegiado em relação ao particular."

Ora, se prevalecer a idéia do professor Dinamarco e da justificativa exposta pelo projeto de Lei n.º 4.331/2001, pode-se chegar à absurda interpretação de que todos os artigos do código de processo civil de 1939 e dos artigos do código de processo civil de 1973 (excetuando-se as alterações implantadas depois da Constituição Federal de 1988) devem ser revogados, inclusive aqueles que beneficiam as partes em detrimento da Fazenda Pública, pois também representam resquícios da época da ditadura, já que foram confeccionados naquele período.

Por óbvio, esse entendimento não tem como se sustentar. É inegável que os modelos imprimidos aos códigos de processo civil de 1939 e de 1973 receberam a ideologia própria do seu tempo. Entretanto, isso não nos permite afirmar que todo o sistema jurídico foi contaminado pelo que é "ruim". Veja-se que, a existência de graves problemas na vida social e política, não impediu o legislador de implantar significativos avanços no campo do devido processo legal. Cita-se como exemplo, a criação, pela EC nº 16, de 26 de novembro de 1965 à Constituição Federal de 1946, de uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de caráter genérico, que atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal

ou estadual, a ser proposta exclusivamente pelo Procurador-Geral da República.[35]

Estabeleceu-se, ainda, a possibilidade de controle concentrado em âmbito estadual, que foi retirada pela Constituição Federal de 1967, embora a EC nº 1/69 tenha previsto o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da constituição estadual, para fins de intervenção no município[36].

Assim, demonstra-se que o código de processo civil de 1939, gestado no período de Getúlio Vargas, bem como o código vigente, não tinham como desiderato a preocupação autoritária de favorecer o Estado como litigante, como afirma Cândido Rangel Dinamarco. Ao contrário, a legislação processual de 1939, ao tratar dos prazos diferenciados, simplesmente resolveu reconhecer como correto o tratamento dado à Fazenda Estadual de Minas Gerais, em 1930[37],que já previa os prazos especiais para a Fazenda Pública. Na verdade, o código de 1939 reconheceu a necessidade de se ampliar os prazos especiais para a Fazenda Pública Nacional, Estadual e Municipal.

A partir dali, o legislador compreendeu que o Estado deveria abandonar sua postura passiva para assumir papel de guardião dos interesses da sociedade, não na qualidade de seu titular, mas sim como um constrito gestor, cuja função direciona-se exclusivamente no sentido traçado pela lei, que é o de concretizar o bem público.

De acordo com essa nova ideologia de Estado, os interesses públicos aparecem com preponderância e se sobrelevam aos interesses particulares, que somente passam a usufruir da proteção legal na medida em que não se contraponham com aqueles.

Assim, não há que se falar, também, em busca da Fazenda Pública por mais prerrogativas, esta argumentação carece de suporte fático e exemplo disto é a Lei n.º 10.259/2001 (que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal), que estabelece no seu artigo 9.º que: "Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos [...]".

35 SILVA, José Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 50-51.

36 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 93.

37 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora ciente das limitações que permeiam esta espécie de trabalho, cujos estreitos limites não nos permitiram avançar mais profundamente por outras áreas do conhecimento jurídico, tentou-se promover e incentivar a abertura de uma nova perspectiva e visão dos motivos que levaram o legislador a dotar à Fazenda Pública de prerrogativas, especialmente de prazos diferenciados para contestar e recorrer.

Procurou-se demonstrar que a tentadora possibilidade da revogação do artigo 188 do Código de Processo Civil, está calcada em bases falhas, que não possuem sustentáculo jurídico, estando em contraposição do que devemos realmente buscar, que é a interpretação construtiva, para se obter um resultado hermenêutico mais condizente com os princípios constitucionais que regem o sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Vocabulário Jurídico*. Vol. III, J-P, 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DELGADO, José Augusto. A Tutela do Processo na Constituição de 1988: Princípios Essenciais. In: *Revista de Processo*, São Paulo, nº 55, julho-setembro 1989.

DIAS, Francisco Barros. *A busca da efetividade do processo*. Disponível em: <http:// www.jfpb.gov.br/esmafe/pdf_esmafe>. Acesso em: 19 jul. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DONNINI, Thiago Lopes Ferraz. *Direito Fundamental à duração razoável do processo*. São Paulo: Uol. Juz Navigandi, 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7783>. Acesso em: 19 jul. 2008.

FERRAZ, Sérgio. RDP *53/54* apud Álvaro Melo Filho. O Princípio da Isonomia e os Privilégios Processuais da Fazenda Pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n.º 75, abril-junho 1995.

FILHO, José dos Santos Carvalho.*Manual de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença-Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Método, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRANDA, Pontes. *Tratados das Ações*. Tomo I. São Paulo: Bookseller, 1998.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. De l'Esprit des Lois. 1748.

MORAES, José Roberto de. *Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Portugal:Coimbra, 1989.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas. 2001.

_____. *Discricionaridade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

SILVA, José Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DO REGIME JURÍDICO DO ADVOGADO EMPREGADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: *UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE*

Paulo Roberto Gonçalves Júnior
Advogado da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Estatuto do Advogado Empregado; 2 Do Advogado Empregado da Administração Pública; 3 Da Constitucionalidade das Diferenciações Legais Direcionadas aos Advogados Empregados da Administração Pública: O princípio da Isonomia no Estado democrático de Direito; 3.1 Do Princípio da Isonomia No Estado Democrático de Direito; 3.2 Do Regime dos Advogados Empregados da Administração Pública Sob o Crivo da Igualdade; 3.3 Dos Advogados das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Com esteio nas lições basilares de Direito do Trabalho, difunde-se que a normatização da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT se aplica nas relações em que há vínculo de emprego. Assim, nas hipóteses em que se observa o exercício da advocacia na condição de empregado, como regra, incidirão as disposições celetistas gerais, às quais serão acrescidas das determinações das leis especiais. No que se refere aos advogados empregados, a regência especial de suas atividades está inserida no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906, de 1994, que confere prerrogativas aos seus ordenados (artigo 18 ao 21). Todavia, a Lei nº 9.527, de 1997, em seu artigo 4º, consignou um comando que impossibilitou a aplicação do referido estatuto aos advogados da Administração Pública, inclusive àqueles que a ela se subordinam mediante um vínculo de emprego, o que cria uma sistemática de diferenciação. Essa diferenciação, apesar das divergências, é constitucional; e o princípio da igualdade se apresenta como o filtro interpretativo legitimador das desigualdades formais existentes, em prol da igualdade material. Assim, há um regime próprio para o advogado empregado público, aplicando-se as normas trabalhistas gerais de forma subsidiária à Administração Pública. Vale ressaltar, somente, que, quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica sem monopólio, o artigo 173, inciso II, da Constituição Federal, estabeleceu simetria com as empresas privadas, devendo-se aplicar aos seus advogados o regime geral do advogado empregado.
PALAVRAS-CHAVE: advogado empregado, igualdade, Estado democrático de direito, Lei nº 9.527/1997, regime jurídico.

ABSTRACT: From the basic lessons of Employee Rights, it is known that the brazilian Consolidation of Labor Laws applies as a general rule to the employment. Thus, in cases where there is a lawyer as an employee, should be applied the Consolidation of Labor Laws, which will be added by the determinations of some special laws. To these employee lawyers, the special rules are in the Statute of the Brazilian Bar Association, Law No. 8.906, 1994, which grants prerogatives to their members (Article 18 to 21). However, the Law No. 9527, 1997, on its Article 4º, has consigned a command that restrict the application of special laws to the Public Administration Lawyers, including those marked by a bond of employment, creating a systematic of differentiation. This context, despite the legal differences, its constitutional; while the principle of equality works as the interpretative filter, legitimizing formal inequalities to provide the material equality. Thus, there is a system

suitable for the employee attorney working to the Administration, applying the general labor rules as a subsidiary to the government specific rules. Finally, it is worth mentioning that, for the public and semi-public companies that explore economic activity without monopoly, the Federal Constitution – Article 173, II – establishes symmetry with private companies, determinanting that should be applied to their lawyers the Consolidation of Labor Laws.

KEYWORDS: lawyer, equality, democratic state of law, Law nº 9527/1997.

INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto regente do Estado, deve ater-se e adaptar-se à complexidade das relações sociais para, assim, constituir-se instrumento legítimo ao estabelecimento da ordem. Nessa perspectiva, razoável almejar que o faça adequadamente e sem implementar desigualdades, também, quanto aos seus operadores, entre os quais, os advogados empregados.

O regime jurídico do advogado com vínculo empregatício é tema exaustivamente tratado no meio acadêmico. Todavia, a intersecção desse regime geral aplicável ao advogado empregado com o estatuto aplicável à Administração Pública, continua carecendo de esclarecimentos.

Os advogados empregados, verdadeiros procuradores dos entes públicos empregadores, são profissionais dedicados à interpretação e aplicação do direito, razão pela qual não se pode ignorar que também o fazem, cotidianamente, quanto aos seus interesses e às regras que lhes são dirigidas. Portanto, é importante a disseminação do regime legal legitimamente aplicável aos advogados empregados da Administração Pública.

Do ponto de vista teórico, pretende-se apresentar uma abordagem constitucional desse regime empregatício específico, afastando, assim, as dúvidas acerca de sua extensão e aplicabilidade.

Nessa trajetória, examina-se o regime diferenciado estabelecido pela Lei nº 9.527, de 1997, analisa-se o conteúdo e a aplicação do princípio da isonomia no Estado democrático de direito, investiga-se a pertinência da hipótese de diferenciação entre os advogados empregados e, por fim, avalia-se a especialidade instituída pelo inciso II do parágrafo 1º do artigo 173 da Constituição aos advogados empregados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Objetiva-se, portanto, analisar o regime jurídico aplicável ao advogado empregado da Administração Pública na sistemática

positiva brasileira e constatar a compatibilidade ou não do tratamento diferenciado que lhes é conferido, quando comparado com o regime garantido aos demais advogados empregados.

O paradigma do Estado democrático de direito orienta o exame da questão, permitindo analisar a legitimidade do regime estudado frente à ordem constitucional, materializada pela Constituição Federal de 1988, e ao conteúdo democraticamente admitido para seus preceitos.

Ao final, algumas reflexões são apresentadas acerca da hipótese de que, frente às diferenças existentes, há um regime próprio para os advogados empregados da Administração Pública, cuja abrangência é determinada em conformidade com a desigualdade existente entre os entes públicos empregadores.

1 DO ESTATUTO DO ADVOGADO EMPREGADO

Inicialmente, apresentando os traços gerais da relação de emprego do advogado, cumpre registrar que a Lei nº 8.906, de 1994, embora em apenas quatro artigos, refere-se especificamente à sua figura. Tais dispositivos legais são, notoriamente, normas especiais de tutela, o que significa que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT consiste, apenas, em fonte subsidiária, incidindo naquilo em que não colidir com esses artigos.[1]

Com efeito, na falta de disposição própria, a relação de emprego entre o advogado e seu empregador opera-se nos moldes previstos no artigo 3º da CLT[2], ou seja, devem estar presentes os requisitos da regência geral: prestação de serviços de natureza não eventual, sob dependência e mediante o pagamento regular de salário. Acrescente-se a esses, naturalmente, a condição regular de advogado.

Na condição de empregados, nos termos da Lei nº 8.906, de 1994, aos advogados são garantidos um piso salarial próprio – fixado em demanda coletiva –, jornada de trabalho limitada a quatro (4) horas diárias e vinte (20) horas semanais, horas extras com adicional não inferior a 100% da regular, adicional noturno entre às 20 horas de um dia e às 5 horas do dia seguinte, ressarcimento de despesas e honorários advocatícios, encontrando-se os demais direitos ordinariamente regidos pela CLT.

---

1 Sobre a coerência do ordenamento jurídico e aplicação do critério da especialidade normativa, segundo o qual *lex specialis derogat generali*, consultar: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed., tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1996, p. 91-97.

2 Decreto-lei nº 5.452/43: "Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

Todavia, quando contratados pelo Estado, também pelo regime trabalhista, aos advogados impõem-se as peculiaridades próprias da Administração Pública, irradiadas da Constituição para a legislação ordinária.

2 DO ADVOGADO EMPREGADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Assevera o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 8.906, de 1994, que:

> Lei nº 8.906, de 1994.
>
> Art. 3º. [...]
>
> § 1º. Exercem atividade de advocacia, sujeitando ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de Administração indireta e fundacional.

Assim, em uma primeira perspectiva, os integrantes de tais carreiras, entre os quais os advogados empregados, submeter-se-iam, irrestritamente, às normas da Lei nº 8.906, de 1994, bem como às orientações que emanam do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Firmada essa premissa, seria pertinente, por exemplo, estenderem-se aos advogados empregados da Administração Pública as regras referentes à jornada de trabalho reduzida, à percepção de honorários, entre outras.

Ocorre, todavia, que a Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, repetindo as disposições da Medida Provisória nº 1.522-2, de 13 de dezembro de 1996, alterou dispositivos das Leis nº 8.112, de 1990, e nº 8.460, de 1992.

Dispôs, em seu artigo 4º, sobre o regime trabalhista do advogado empregado da Administração Pública direta e indireta, estabelecendo uma restrição à aplicação da Lei nº 8.906, *verbis*:

> Lei nº 9.527, de 1997.
>
> Art. 4º. As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, *não se aplicam* à Administração

> Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista. (Grifo nosso).

Os referidos dispositivos do Capítulo V do Título I da Lei nº 8.906, de 1994, já referidos, estabeleceriam a favor de todos os advogados as seguintes prerrogativas, *litteris:*

> Lei nº 8.906, de 1994.
>
> CAPÍTULO V
>
> Do Advogado Empregado
>
> Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.
>
> Parágrafo único. O advogado empregado não está obrigado à prestação de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego.
>
> Art. 19. O salário mínimo profissional do advogado será fixado em sentença normativa, salvo se ajustado em acordo ou convenção coletiva de trabalho.
>
> Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.
>
> § 1º Para efeitos deste artigo, considera-se como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, no seu escritório ou em atividades externas, sendo-lhe reembolsadas as despesas feitas com transporte, hospedagem e alimentação.
>
> § 2º As horas trabalhadas que excederem a jornada normal são remuneradas por um adicional não inferior a cem por cento sobre o valor da hora normal, mesmo havendo contrato escrito.

> § 3º As horas trabalhadas no período das vinte horas de um dia até as cinco horas do dia seguinte são remuneradas como noturnas, acrescidas do adicional de vinte e cinco por cento.
>
> Art. 21. Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados.
>
> Parágrafo único. Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado empregado de sociedade de advogados são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo.

Nesse contexto, surgiu o questionamento, pelos advogados das empresas públicas, acerca da validade da derrogação estabelecida pelo artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997.

Julgando ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais, o Supremo Tribunal Federal – STF suspendeu a eficácia desse dispositivo às empresas públicas e às sociedades de economia mista que exploram atividade econômica, em sentido estrito e sem monopólio, dispondo:

> EMENTA. CONSTITUCIONAL. ADVOGADOS. ADVOGADO-EMPREGADO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. Medida Provisória 1.522-2, de 1996, artigo 3º, Lei 8.906/94, arts. 18 a 21. C.F., art. 173, §1º. 1. As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. CF., art. 173, §1º. 2. Suspensão parcial da eficácia das expressões 'as empresas públicas e às sociedades de economia mista', sem redução do texto, mediante a aplicação da técnica da interpretação conforme: não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio. 3. Cautelar deferida.[3]

Assim, estabeleceu-se que, exceto em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, em sentido estrito e sem monopólio, aos advogados empregados da

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio, do artigo 3º da Medida Provisória nº 1.522-2. Ação Direita da Inconstitucionalidade nº 1.552-4. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, Acórdão de 17 de abr. 1998, dois votos vencidos. Diário da Justiça de 17 de abr. 1998.

Administração Pública não se aplicam as normas previstas no Título I do Capítulo V da Lei nº 8.906, de 1994.

3 DA CONSTITUCIONALIDADE DAS DIFERENCIAÇÕES LEGAIS DIRECIONADAS AOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Apesar da manifestação do STF sobre o tema, a celeuma permaneceu, culminando em ajuizamento salutar[4], pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de nova ação direta, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei Federal nº 9.527, de 1997.

Em síntese, alegou-se que o dispositivo impugnado afrontaria a Carta da República sob dois aspectos: *(i)* primeiramente, ofenderia o princípio da igualdade, uma vez que os advogados empregados, independentemente de o serem na Administração Pública ou na iniciativa privada, deveriam ser tratados de maneira isonômica – artigo 5º, *caput* –, e *(ii)* num segundo momento, especificamente quanto aos advogados empregados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, violaria a determinação do Texto Maior de se estabelecer, nessas entidades, o regime trabalhista próprio da iniciativa privada – inciso II do parágrafo 1º do artigo 173[5].

4 No Estado democrático de direito entende-se, com Ronald Dworkin, que o ajuizamento de nova ação direta de inconstitucionalidade, longe de configurar insubordinação cívida indesejada – crime ou afronta à ordem fundamental –, corresponde à materialização da participação civil na identificação do Direito. Ainda segundo Dworkin, com efeito, a atividade interpretativa contínua, realizada pela comunidade, é a maneira de se obter a resposta correta para o conteúdo da Constituição, não se devendo crer que as palavras manifestas dos tribunais, embora as últimas, sejam sempre as certas, *verbis: "Estamos bem familiarizados com o aforismo de que o direito é o que o tribunal diz que ele é. Mas isso pode significar duas coisas bem diferentes.* Pode significar que os tribunais estão sempre certos quanto ao que é o direito, que suas decisões criam o direito, de tal modo que, quando interpretam a Constituição de determinada maneira, essa no futuro será necessariamente a maneira certa de interpretá-la. Ou pode significar simplesmente que devemos obedecer às decisões dos tribunais, pelo menos de maneira geral, por razões práticas, embora nos reservemos o direito de sustentar que o direito não é o que eles disseram. O primeiro modo de ver é o do positivismo jurídico. Creio que está errado e, no fim, corrompe profundamente a idéia e o Estado de Direito. *O argumento que exorto os alemães a adotar, de que o direito, bem compreendido, pode apoiar o que chamamos de desobediência civil, só pode ser um argumento efetivo quando rejeitamos esse aspecto do positivismo e insistimos em que, embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é o direito, a última palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa".* DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 155 e 170-171 *passim*, grifou-se.

5 Constituição Federal, de 1998: "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o

Embora sejam suscitadas duas hipóteses, distintas pela especialização das empresas da Administração, a verdadeira reflexão proposta cinge-se em como deve ser compreendido, no Estado democrático de direito brasileiro, o princípio da isonomia. Portanto, importa identificar como se irradia tal princípio para cada uma das circunstâncias e outras que, nesse paradigma[6], venham a se apresentar.

3.1 DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Observe-se, primeiramente, que o direito à igualdade, no fluxo histórico, passou por incrementações diversas, sempre vinculado a uma pré-compreensão jurídica, à percepção social do Direito e ao Estado em que se insere.[7]

Nesse sentido, partindo-se de um Estado caraterizado por privilégios dedicados a grupos e indivíduos, passou-se ao Estado liberal,[8] em que a igualdade possível e prolatada foi consubstanciada pelo tratamento formalmente isonômico – *igualdade perante a lei*[9] –, enquanto no Estado social, numa virada da orientação de valores defendidos perante e a partir do Estado, buscou-se implementar uma igualdade material, inclusive com a distribuição de recursos desvinculada da

estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; [...]".

6 Sobre a importância do exame a partir de determinado paradigma, que permite estabelecer a forma de apreensão da realidade, Habermas destaca: "Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo. *Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo.* Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior." HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. Vol. II. 2 ed., tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, 2003, p. 131, grifou-se.

7 Cf. ROSA, Vicente Pires Rosa. *Igualdade.* In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 456-462.

8 Sobre a percepção da igualdade no liberalismo, consultar: DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 305-311.

9 Esclarecimentos sobre a *igualdade perante a lei* serão apresentados em seguida, neste item.

produção individual.[10]

O paradigma do Estado democrático de direito, por sua vez, exsurge caracterizado por um conjunto de fundamentos e procedimentos reflexivos que o organizam a partir de dois elementos básicos: *(i)* a submissão do exercício do Poder aos limites do Direito – constitucionalismo[11] – e *(ii)* à legitimação democrática.

Canotilho, partindo do Estado de direito, concebe o Estado democrático de direito e exterioriza algumas de suas características fundantes, nos seguintes termos, *litteris:*

> O Estado de direito transporta princípios e valores materiais razoáveis a uma ordem humana de justiça e paz. São eles: a liberdade do indivíduo, a segurança individual e colectiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, *a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e grupos.* Para tornar efectivos estes princípios e estes valores o Estado de direito carece de instituições, de procedimentos de acção e de formas de revelação dos poderes e competências que permitam falar de um poder democrático, de uma soberania popular, de uma representação política, de uma separação de poderes, de fins e tarefas do Estado. *A forma que na nossa contemporaneidade se revela como uma das mais adequadas para colher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado.*[12] (Grifo nosso).

Com efeito, no Estado democrático de direito, o princípio da igualdade deve ser associado à ordem constitucional e ao exercício da democracia.[13] Vale dizer, deve ser examinado sob o resguardo de instituições e procedimentos que estejam preparados para reconhecer necessidades e particularidades sociais.

---

10 Acerca da releitura histórica do direito à igualdade entre o Estado Liberal e o Estado Social, consultar: ROSA, Vicente Pires Rosa. Op. cit., 2006, p. 458-459.

11 Pode-se definir constitucionalismo, em termos sucintos, como uma técnica específica de controle do exercício do poder com fins garantísticos. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito.* Lisboa (Portugal): Gradiva, 1999 (Cadernos Democráticos, v. 7), p. 21.

13 Segundo Habermas: "Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento de casos diferenciados." HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 2003, p. 183.

Portanto, o direito à igualdade não pode ser entendido, como era no paradigma social, como a equiparação absoluta dos indivíduos, almejando-se colocar a todos em um mesmo patamar.[14] Diversamente, no Estado democrático de direito, impõe-se o reconhecimento das diferenças individuais, democraticamente manifestadas pelos atores envolvidos[15] – participação democrática –, para se identificar o conteúdo do princípio da isonomia.

Essa ótica, por fim, exige que qualquer regra do ordenamento deva se adequar aos parâmetros constitucionais e, também, observar a diversidade dos indivíduos afetados[16], sob pena de resultarem nulas – inconstitucionais[17] – e não poderem vigorar, legitimamente, no ordenamento jurídico.

No objeto sob exame, a legitimidade do regime jurídico aplicado aos advogados empregados da Administração Pública é impugnada sob o argumento de que se estaria violando o princípio da igualdade. Em uma leitura superficial, poderia se cogitar da existência de diferenciação inadmissível entre advogados, pois sendo todos advogados empregados,

---

14 Sobre a superação do Estado social e o surgimento do Estado democrático de direito, em que se destaca a importância da participação de todos os atores envolvidos ou afetados, Habermas assevera, *verbis:* "[...] As tentativas da doutrina jurídica visando superar a oposição entre Estado social e direito formal burguês, criando relações mais ou menos híbridas entre os dois modelos, promoveram, ou melhor, desencadearam uma compreensão reflexiva da constituição: e *tão logo a constituição passou a ser entendida como um processo pretencioso de realização do direito, coloca-se a tarefa de situar historicamente esse projeto. A partir daí, todos os atores envolvidos ou afetados têm que imaginar como o conteúdo normativo do Estado democrático de direito pode ser explorado efetivamente no horizonte de tendências e estruturas sociais. [...]*". HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 2003, p. 131, grifou-se.

15 Entre os atores sociais a que se refere Habermas, podem-se incluir os advogados empregados da Administração Pública, os quais, embora já atendidos pela obtenção de uma resposta do STF na ADI nº 1.552-4, continuam buscando, pelas instituições democráticas, seus pretensos direitos. Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., 2003, p. 131.

16 Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho destaca que, na concretização da Constituição, deve-se examinar, sempre, tanto o aspecto normativo quanto o aspecto fático envolvidos, *verbis:* "Na tarefa de concretização da norma constitucional, o intérprete-aplicador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, quanto os decorrentes da investigação do domínio normativo, a que correspondem, na doutrina tradicional, respectivamente, a norma propriamente dita e a situação normada, o texto e a realidade social que o mesmo intenta conformar." COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 90. No mesmo sentido, Menelick de Carvalho Netto aduz que, no paradigma do Estado democrático de direito, os princípios constitucionais concorrem para reger as situações, enquanto somente a consideração das especificidades de cada caso permitirá identificar a única maneira de realização de justiça. Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito*. p. 39 In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

17 Cf. CANOTILHO, 2003, p. 878.

não se deveria submeter-lhes a regramentos distintos.

Todavia, no Estado democrático de direito, a leitura isolada da norma não é suficiente para (des)legitimar o tratamento diferenciado. Muito além, deve-se averiguar, à luz da Constituição Federal, se *(i)* prepondera o tratamento semelhante a ambos, por serem advogados independentemente de suas peculiaridades, ou se *(ii)* a desigualdade permite tratamento diverso.

No primeiro caso, a norma federal que limita a aplicação do Estatuto da OAB a todos os advogados empregados deverá ser considerada inconstitucional, enquanto, na segunda hipótese, porque adequado um tratamento diferenciado, deverá se reconhecer a sua validade.

O princípio da igualdade, no Estado democrático de direito brasileiro, constitui um direito fundamental[18] de significância proeminente [19], sendo definido pela Carta Republicana em seu artigo 5º, *caput* e inciso I, que asseveram, respectivamente: *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]"* e *"homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição"*.

O preceito magno da igualdade, portanto, determina o tratamento equitativo entre os cidadãos, vedando que o direito seja fonte de privilégios ou perseguições.[20] Vale dizer, impõe-se que as possibilidades de contrair obrigações e exercer direitos, respeitadas as peculiaridades individuais, sejam as mesmas para cada cidadão.[21]

Entende-se, na doutrina, que o princípio da isonomia tanto é direcionado ao aplicador da lei, quanto ao legislador, hipóteses tratadas, respectivamente, como *(i)* a igualdade perante a lei e a *(ii)* igualdade na

18 Cf. CANOTILHO, 1999, p. 21.

19 Com efeito, no contexto constitucional brasileiro, o princípio da igualdade possui significância proeminente, mesmo em relação àqueles insculpidos na Carta Magna, perante os quais possui aplicação apriorística. Sobre o tema, a lição de Francisco Campos assevera: "A cláusula relativa à igualdade diante da lei vem em primeiro lugar na lista dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a enumeração dos direitos individuais. Dando-lhes o primeiro lugar na enumeração, quis significar expressamente, embora de maneira tácita, que o princípio da igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados." CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956, vol. 2, p. 12.

20 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 1999, p. 10.

21 Nesse sentido, Rogério Lauria Tucci, ao definir o princípio da igualdade, destaca que "[...] a possibilidade e a capacidade de adquirir direitos e de contrair obrigações, peculiares à situação jurídica em que se postam os interessados, devem ser, portanto, as mesmas para todas as pessoas que nela, equivalentemente, se encontrem." TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 158.

lei.[22]

A primeira significa a conformidade da conduta à norma. Seria, assim, um princípio a ser obedecido pelo aplicador da lei, o qual deve conferir tratamento igualitário aos destinatários da norma.

Por outro lado, a igualdade na lei é de ser observada pelo legislador, que está, em virtude deste princípio, adstrito à elaboração de normas cujo conteúdo abranja o conceito de igualdade. Ou seja, a igualdade na lei faria parte do âmbito material de validade da norma.[23]

Pontes de Miranda sintetiza com exatidão essa questão na cláusula constitucional da isonomia, *verbis*:

> [...] podem ser *explicitados* dois princípios: um, de igualdade perante a lei feita, e outro, de igualdade na lei a fazer-se. Não é só a incidência e a aplicação que precisam ser iguais, é preciso que seja igual [ou desigual] a legislação. [24] (Grifo do autor).

Na hipótese sob exame, dos advogados empregados da Administração Pública, inexistindo dúvidas acerca da aplicação da norma – que indicou minuciosamente seu destinatário –, cumpre observar o elemento da isonomia na lei.

A igualdade na lei, pela ótica do Estado democrático de direito, não trata de igualdade meramente formal, mas material, qualificada por desequiparações legítimas.[25] Nesse sentido, os termos do texto normativo, em prol da garantia do princípio da isonomia, inúmeras vezes deverão ser diferentes para garantir a igualdade.[26]

Com efeito, a igualdade na lei, consideradas as desigualdades

---

22 Sobre considerações do duplo direcionamento do princípio da igualdade, consultar: MELLO, op. cit, 1999, p. 9-11.

23 Cf. BORGES, José Souto Maior. Significação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988. p. 29-34. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, 1996. p. 29-34.

24 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º I de 1969*. Tomo IV, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 698.

25 Acerca das diferenciações que a lei pode fazer, impondo regimes jurídicos diferenciados aos cidadãos, destaca Celso Antônio: "O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas e outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos." MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., 1999, p. 12.

26 Sobre a desequiparação igualitária, Antônio Celso Baeta Minhoto lembra as idéias seculares de Aristóteles de que *"Justiça consiste em tratar desigualmente os desiguais"*. MINHOTO, Antônio Celso Baeta. *Princípio*

envolvidas, pode significar a sujeição de indivíduos a complexos normativos distintos.[27] Portanto, é forçoso reconhecer que apartar, excepcionalmente, o regime jurídico dos advogados empregados pela Administração Pública, do regime dos demais advogados empregados pela iniciativa privada, não fere, necessariamente, a isonomia constitucionalmente garantida. Na verdade, pode corroborá-la.

Embora corretas as várias ilações acerca do conteúdo do princípio jurídico da igualdade, sua aplicação à hipótese concreta apresenta-se, comumente, tormentosa. Tendo se deparado com tal dificuldade, Celso Antônio Bandeira de Mello propôs a clássica sistemática do reconhecimento das diferenciações legítimas sob o crivo da isonomia, nos seguintes termos:

> Para que um discrímen legal seja convivente com a isonomia, [...] impende que concorram quatro elementos:
>
> a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
>
> b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
>
> c) que exista, em abstrato, o vínculo de correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

---

da igualdade. p. 313. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 11, n. 42, p. 310 – 328, jan./mar, 2003.

No mesmo sentido, sobre o imperativo do reconhecimento das diferenças, Rui Barbosa esclarece que: "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se eqüivalessem." BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. [on line] Disponível em: < http://www.calendario.cnt.br/ruibarbosa.htm>. Acesso em> 19 set. 2008.

27 Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos destaca que "as pessoas e os grupos sociais têm [...] o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza". SANTOS, Boaventura de Souza. As tensões da modernidade. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001, *apud* BARROSO, Luís Barroso. *Diferentes, mas iguais:* O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Rio de Janeiro: Luís Roberto Barroso & Associados, 2008, p. 13. [on line] Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acesso em: 23 set. 2008.

> d) que, *in concreto*, o vínculo de corralação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.[28]

Portanto, para se constatar que uma regra está em conformidade com a isonomia, dever-se-á submetê-la a quatro filtros: *(i)* ser abstrata, *(ii)* direcionar-se às situações ou pessoas efetivamente distintas, *(iii)* possuir correlação lógica entre as diferenciações e as desequiparações estabelecidas e *(iv)* atender os interesses constitucionais.

3.2 DO REGIME DOS ADVOGADOS EMPREGADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB O CRIVO DA IGUALDADE

Com efeito, para que uma norma não viole a igualdade, deverá possuir generalidade e abstração, pois o estabelecimento singular de privilégio ou perseguição fundado em traço extremamente específico – absoluto – não permitiria, sob o crivo da isonomia, vislumbrar sua pertinência.[29]

No que se refere a esse primeiro filtro, a *(i)* abstração da norma resta facilmente caracterizada, pois a Lei nº 9.527, de 1997, que estabelece o regime próprio para os advogados empregados da Administração, direciona-se a qualquer advogado que se torne dela empregado.

Quanto aos filtros da *(ii)* necessária presença de diferenças, *(iii)* correlação lógica do *discrímen* com tais distinções e *(iv)* proteção dos interesses constitucionais – núcleo das desequiparações admissíveis –, importa examinar as particularidades dos advogados empregados da Administração Pública estabelecidas pela Constituição.

O ordenamento jurídico constitucional estabelece que os empregados do Estado se submetem, entre outras, às determinações do art. 37, c*aput* e incisos I e II, da Constituição Federal – princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade, publicidade, eficiência e inafastabilidade do concurso público de ingresso.[30] Esses princípios e

---

28 MELLO, 1999, p. 41.

29 Cf. MELLO, 1999, p. 23.

30 O emprego público, inclusive o do advogado empregado, embora regido pelas disposições da CLT, submete-se, também, enquanto inserido na Administração Pública, às normas previstas no artigo 37, mais especialmente ao disposto nos incisos I e II, da Constituição Federal. Esses dispositivos tratam da acessibilidade e investidura, bem como das regras de competência para a criação das vagas de empregos e os limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal. Nesse sentido, consultar: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão cautelar dos efeitos do artigo 26 da Lei nº 1.035, de 1990, de Mato Grosso do

seus desdobramentos, inexistentes para os advogados empregados da iniciativa privada, fixam diferenças inafastáveis entre esses e aqueles.

Assim, enquanto na iniciativa privada, por exemplo, o sigilo e a reclusão dos atos são as regras, na Administração Pública, a transparência, por intermédio da publicidade, inclusive com o estímulo de participação de toda a sociedade, é a orientação geral.

Na verdade, toda a diferenciação de valores existente entre o interesse público e o privado irradia-se sobre seus advogados, impondo-lhes deveres que os marcam, cada qual com características próprias e incomunicáveis.

Portanto, quanto ao segundo elemento dos critérios adotados, a saber, *(ii)* efetiva diferença entre os sujeitos desigualados, a Lei nº 9.527, de 1997, não pode ser reprovada, pois está caracterizado.

Quanto ao terceiro elemento, *(iii)* correlação lógica entre as distinções existentes e a desequiparação estabelecida, deve-se, primeiramente, esclarecer que: *(a)* as distinções existentes caracterizam-se pela situação ímpar determinada pelos princípios que regem a Administração, enquanto *(b)* a desequiparação estabeleceu-se pela derrogação, em desfavor dos advogados empregados da Administração, do conteúdo dos artigos 18 a 21 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Portanto, a aferição dessa correlação lógica realiza-se pela demonstração de sintonia entre *(a)* os princípios constitucionais que estabelecem o traço diferencial dos advogados empregados da Administração e *(b)* a derrogação que implementa uma desequiparação.

Assim, enquanto a derrogação estabelecida pela Lei nº 9.527, de 1997, significa a negação do conteúdo dos dispositivos referidos do Estatuto da Ordem, a constatação prática da correlação buscada[31] se implementa pela demonstração de incompatibilidade entre *(a)* os princípios que orientam o Estado e o *(b)* conteúdo dos dispositivos derrogados.

Por esse viez, observa-se que o parágrafo único do artigo 18[32] do referido Estatuto, o qual visa impedir que o empregador recorra, na relação empregatícia, ao advogado empregado para serviços de natureza

---

Sul, que preteria a exigência do concurso público. Ação Direita da Inconstitucionalidade nº 277-5. Relator: Min. Octávio Gallotti. Brasília, Acórdão de 16 de maio de 1990. Diário da Justiça de 15 de jun. 1990.

31 Trata-se, aqui, da correlação lógica que autoriza a implementação de desequiparações legítimas.

32 Lei nº 8.906/94: "Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia. Parágrafo único. O advogado empregado não está obrigado à prestação de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego".

pessoal, representa preceito desnecessário e, inclusive, incompatível com a natureza do serviço dos empregados do Estado.

Com efeito, no serviço público, nos termos do artigo 37 da Constituição, o advogado empregado não deve agir fora dos limites constitucionais e legais. Na verdade, a Constituição estabelece absoluta incompatibilidade entre o exercício das atribuições do advogado empregado da Administração Pública e a regra derrogada, pois eventual atendimento aos interesses particulares das chefias configuraria a privatização do público, caracterizando crime e ato de improbidade.

Vale dizer, a norma – que não obriga o advogado empregado a atender aos interesses individuais do empregador, mas o faculta atendê-los –, se aplicada no seio da Administração Pública, à luz do Estado democrático de direito, viola os princípios constitucionais da moralidade e da legalidade.

Quanto aos dispositivos que estabelecem piso salarial e jornada de trabalho especial, ambos a serem incrementados por acordos entre empregados e empregadores[33], cumpre asseverar, novamente, que a Administração rege-se pelo princípio da legalidade. Assim, vedada de dispor aleatoriamente de sua força de trabalho.[34]

---

33 Os artigos 19 e 20 da Lei nº 8.906, de 1994, estabelecem, em favor dos advogados empregados, um piso salarial próprio – fixado em demanda coletiva –, jornada de trabalho limitada à quatro (4) horas diárias e vinte (20) horas semanais, horas extras com adicional não inferior a 100% da regular, adicional noturno entre às 20 horas de um dia e às 5 horas do dia seguinte, ressarcimento de despesas e honorários advocatícios.

34 O Presidente da República, por informações apresentadas na ADI nº 3.396, examinou detidamente a compatibilidade das regras do artigo 18 ao 21 do Estatuto da OAB, asseverando sua incompatibilidade nos seguintes termos: "13. O art. 18, *caput*, trata da isenção técnica e da independência profissional, que são atributos necessários a quem exerce atividade jurídica, os quais não se perdem pelo fato de se estar no exercício da advocacia pública. Mesmo porque, a questão da independência funcional é tratada, também, no § 1º do art. 31 da Lei nº 8.906/94, o qual não foi alcançado pelo ato normativo impugnado. Logo, é de se concluir que esse ato tratou genericamente da questão da relação empregatícia, sem adentrar em especificidades que não são por ele afetadas. [§] 14. No que tange ao § único do art. 18, trata-se de norma que visa a impedir o empregador de se valer da relação empregatícia para utilizar o advogado empregado na prestação de serviços de natureza pessoal, desvinculados da relação de emprego. [§] 15. Essa hipótese, no serviço público, juridicamente não pode ocorrer. A uma, porque na Administração Pública não existe, fora dos pressupostos constitucionais e legais, interesse pessoal do ente público. A impessoalidade é um dos princípios constitucionais da Administração Pública, consoante o disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. A duas, porque se ocorrer desvio de função, visando a atender interesse pessoal do administrador público, tal fato configurará ato de improbidade administrativa, qualificado como enriquecimento ilícito, nos termos do inciso IV do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. [§] 16. Logo, o disposto no § único do art. 18 mencionado não é afetado pelo ato normativo impugnado porque o dever por ele estabelecido já é de observância obrigatória pela Administração Pública e decorre dos princípios constitucionais que a regem e da Lei de Improbidade Administrativa. Trata-se, portanto, de uma obrigação que, em face da Administração Pública, a sua observância independe de constar ou não do Estatuto da Advocacia. [§] 17. Com relação ao art. 19, que trata do salário mínimo profissional

Efetivamente, o princípio da legalidade é uma das maiores expressões do Estado democrático de direito, constituindo a garantia de que a sociedade não está presa às vontades particulares dos governantes, mas às determinações da Constituição e das leis. Portanto, não se pode conceber a compatibilidade da garantia da legalidade com a possibilidade, ampla, de que a remuneração e a jornada de trabalho dos advogados empregados da Administração estejam dissociadas dela.

Nesse sentido, quanto aos advogados empregados pela Administração Pública, as normas derrogadas pela Lei nº 9.527, de 1997, são incompatíveis com a Constituição, porque a sujeição desses advogados a institutos de direito público importa conseqüência diversa da geral.[35]

Vale dizer, o exame da incompatibilidade das normas derrogadas do Estatuto da OAB, indica que há *(iii)* correlação lógica entre tais distinções e o *discrímen*, a saber, o estabelecimento de regime próprio para os advogados da Administração.

---

do advogado, é de se verificar que essa norma não possui caráter absoluto, haja vista que ela mesma prevê a hipótese de acordo ou convenção coletiva de trabalho estabelecer tratamento diverso. Ademais, a remuneração dos servidores públicos é matéria submetida ao princípio da reserva da lei, nos termos do inciso X do art. 37 e deve observar os critérios estabelecidos no § 1º do art.39, ambos da Constituição Federal. Logo, o disposto no art. 19 do Estatuto da Advocacia é inoperante perante a Administração Pública direta, por força de norma constitucional. [§] 18. O art. 20 trata da jornada de trabalho, matéria que também não tem natureza absoluta, dada a ressalva no sentido de se estabelecer tratamento diverso mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Portanto, nada obsta que a lei fixe a jornada de trabalho do advogado público igual às dos demais servidores públicos, até mesmo em respeito ao princípio da isonomia que deve existir entre eles. [§] 19. O art. 21, caput, trata dos honorários de sucumbência, estabelecendo que eles pertencem aos advogados empregados. Ocorre que a remuneração dos servidores públicos é matéria submetida ao princípio da reserva legal (art. 37, X, da CF), devendo observar, também, o disposto no inciso XI do art. 37 da CF (teto remuneratório, aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista que recebam recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio geral, por força do disposto no § 9º desse mesmo artigo) e o § 1º do art. 169, que submete a concessão de vantagens remuneratórias, inclusive nas empresas públicas e sociedades de economia mista, a prévia dotação orçamentária e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. [§] 20. Como se observa, a subordinação da administração pública ao disposto no caput do art. 21 citado requer a superação de todos esses óbices constitucionais. [§] 21. Por outro lado, o disposto no parágrafo único desse mesmo artigo trata de matéria absolutamente estranha à administração pública e às empresas privadas, haja vista que o seu objeto é a partilha de honorários advocatícios recebidos por sociedade de advogados. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Advocacia-Geral da União. Da manifestação referente à constitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997. INFORMAÇÕES Nº AGU/LM-05/2005, protocolizadas em 27/04/2005. Consultor da União: Dr. José Leovegildo Oliveira de Morais, fls. 141-143 dos autos.

35 Na verdade, a análise do disposto no Capítulo V do Título I da Lei nº 8.906, de 1994, demonstra que os direitos garantidos no Estatuto da OAB não encontram fundamento direto na Carta Magna, nem são compatíveis, em todos os casos, com o exercício da advocacia na Administração Pública. Nesse sentido, a norma federal que limita os direitos dos advogados empregados da Administração Pública procura traçar uma distinção decorrente da diversidade de situações jurídicas em que se encontram os advogados.

Por fim, cumpre submeter a hipótese ao filtro referente ao *(iv)* atendimento dos interesses constitucionais.

A doutrina, ao tratar das desequiparações possíveis, impõe que as diferenciações estejam alinhadas com os valores constitucionais e com o interesse público.[36] Com efeito, no Estado democrático de direito, não é qualquer diferença, ainda que real, que autoriza discriminações legais, devendo-se prestigiar situações compatíveis com os interesses constitucionais.[37]

Celso Antônio Bandeira de Mello, no ponto, destaca, *verbis:*

> [...] as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados pela Constituição.*[38]

O breve exame de alguns dos valores constitucionais direcionados aos advogados empregados da Administração no artigo37 da Constituição – confrontando-os com algumas das previsões do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e, ao final, identificando sua incompatibilidade – indica que a derrogação promovida pela Lei nº 9.527, de 1997, seria inevitável para se atender aos interesses prestigiados pela Constituição.

Nesse sentido, quando se observa que a Administração está adstrita a um rol de princípios constitucionais inaplicáveis à iniciativa privada, tornando-se um *locus* distinto na sociedade, conclui-se que a diferenciação do regime de seus empregados está em conformidade com os interesses da Constituição.

Portanto, pode-se afirmar que todos os elementos que a norma deve possuir para conviver com o princípio da isonomia foram atendidos. Com efeito, entre o advogado empregado da Administração Pública e

---

36 Pimenta Bueno, destacando que as diferenciações legais devem estar fundada na defesa do bem público ainda no Império, registrou, *litteris:* "A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.". BUENO, Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império.* Rio de Janeiro, 1857, p. 424, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* 3ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 1999, p. 18.

37 Sobre a necessária consonância da discriminação normativa com os interesses protegidos pela constituição, consultar: MELLO, op. cit., 1999. p. 40-43.

38 MELLO, 1999, p. 17.

aquele empregado na iniciativa privada há, sem dúvidas, diferenças, ou seja, elementos reais de diferenciação.[39]

É a existência de tais distinções e a compreensão do que é ser igual no ordenamento jurídico brasileiro, ao estabelecer um regime único para os advogados submetidos aos princípios constitucionais da Administração, que, a um só tempo, atende o terceiro *(iii)* e o quarto *(iv)* critérios adotados – respetivamente, *correlação lógica do discrímen* e atenção aos valores *constitucionais*.

Vale reafirmar, as particularidades dos advogados empregados da Administração Pública, observadas sob o princípio da isonomia no Estado democrático de direito, tornam adequada a distinção de regime frente aos advogados empregados da iniciativa privada.

A previsão do artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997, traduz um regramento que possui correlação lógica com o fator de *discrímen* que lhe deu causa: é patente a constatação de que os advogados empregados que exercem sua atividade como procuradores ou consultores da Administração Pública não estão em situação de igualdade em relação aos advogados da iniciativa privada. Entender o contrário acarretaria o desvirtuamento do princípio da isonomia.

Por essa razão, a regulação normativa que se aplica aos advogados empregados da Administração Pública não pode ser idêntica, em todo seu estatuto, ao aplicável ao advogado empregado fora dela.

3.3 DOS ADVOGADOS DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Realmente, os advogados empregados pela Administração Pública não são iguais aos da iniciativa privada, sendo-lhes estabelecido, legitimamente, um regime jurídico próprio. Todavia, exclusivamente quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, a Constituição Federal fixa características específicas, dispondo:

> Constituição Federal, de 1998.
>
> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

39 Esse é o segundo critério *(ii)* para realização do exame de atendimento ao princípio da isonomia por Celso Antônio Bandeira de Mello.

> § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias *que explorem atividade econômica* de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
>
> [...]
>
> *II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;*
>
> [...]. (grifo nosso).

Nesse sentido, determinou-se às empresas públicas e sociedades de economia mista, que explorem atividade econômica, o regime próprio das empresas privadas.

A leitura dessa diretriz constitucional indica que, embora integrantes da Administração Pública, os interesses constitucionais voltados às empresas públicas e sociedades de economia mista possuem uma orientação própria: que se manifesta, expressamente, no regime jurídico de seus empregados.

Portanto, embora não seja necessária uma ampla análise de todos os critérios de convivência entre a norma e o princípio da isonomia no Estado democrático de direito, cumpre examinar a compatibilidade da Lei nº 9.527, de 1997, com os interesses constitucionais direcionados ao grupo específico dos advogados empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica.

Com efeito, sem maior esforço, observa-se que a determinação constitucional do artigo 173, § 1º, inciso II, resulta em regimes empregatícios idênticos para os advogados do setor privado e aqueles empregados das empresas públicas e das sociedades de economia. Na verdade, essa singela leitura impõe admitir que eles são colocados, observada a peculiaridade traçada pela Carta Magna, em situação de igualdade.

Realmente, a única peculiaridade indicada pela Constituição para que as empresas da iniciativa privada e as da Administração Pública sejam igualadas quanto ao regime de seus empregados é que se encontrem, na mesma situação fática: explorando atividade econômica sem monopólio, ou seja, em regime de livre concorrência.[40]

---

40 Embora não haja exame da questão referente a qual das empresas públicas e sociedades de economia mista englobadas pelo artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição, compreende-se que sejam aquelas que explorem atividade econômica em sentido estrito e sem monopólio. Primeiramente, porque nas hipóteses em que o Estado prestar, tão-somente, serviço público por tais empresas, não estará explorando nenhuma

Assim, qualquer distinção do regime empregatício entre essas empresas estará fadada à nulidade, pois ofenderá a isonomia e outros interesses constitucionais – critério nuclear da legitimidade normativa no Estado democrático de direito.

Ocorre que a Lei nº 9.527, de 1997, sem ressalvas quanto às sociedades de economia mista e empresas públicas que explorem atividade econômica sem monopólio, estabeleceu-lhes um regime próprio, diferenciado, violando o conteúdo do princípio da igualdade.

Nesse sentido, a Suprema Corte tratou da *quaestio iuris* em sede cautelar, na ADI nº 1.552, fixando a orientação de que não se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio, as restrições impostas pelo artigo 3º da Medida Provisória nº 1.522-2, de 1996, posteriormente convertido no artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997.[41]

À exceção do caso mencionado, devem ser observadas pelos advogados empregados dessas empresas públicas e sociedades de economia mista as restrições específicas do regime jurídico do advogado empregado da Administração Pública.[42]

CONCLUSÃO

Conforme se observa, com a edição da Lei nº 8.906, de 1994, dispondo sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, diversas inovações foram introduzidas na disciplina reservada

atividade econômica. Depois, porque a atividade econômica exercida em regime de monopólio, sem concorrência, gera um *discrímen* que não permite igualar tais empresas públicas e sociedades de economia mista com aquelas inseridas em um ambiente de concorrência.

41 O acórdão do STF foi proferido nos seguintes termos: "CONSTITUCIONAL. ADVOGADOS. ADVOGADO-EMPREGADO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. Medida Provisória 1.522-2, de 1996, artigo 3º. Lei 8.906/94, arts. 18 a 21. C.F., art. 173, § 1º. I. - As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. C.F., art. 173, § 1º. II. - Suspensão parcial da eficácia das expressões 'às empresas públicas e às sociedades de economia mista', sem redução do texto, mediante a aplicação da técnica da interpretação conforme: não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, em monopólio. III. - Cautelar deferida." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio, o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.522-2. Ação Direita da Inconstitucionalidade nº 1.552-4. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, Acórdão de 17 de abr. 1998, dois votos vencidos. Diário da Justiça de 17 de abr. 1998.

42 Inclusive nos casos em que a exploração da atividade conta com interferência estatal – monopólio legal – ou significa a prestação de serviço público, inexistindo previsão Constitucional que os exclua da sistemática geral, dever-se-á aplicar-lhes o regime 4º da Lei nº 9.527, de 1997.

ao exercício da atividade profissional de advocacia, modernizando-se a sistemática então vigente.

A nova regulamentação legal optou por incorporar capítulo especificamente voltado à regulação da atividade de advocacia quando exercitada com vínculo de emprego, nos moldes estatuídos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, a relação de emprego entre o advogado e o seu empregador opera-se nos moldes estabelecidos pela CLT, os quais se submetem, com as adaptações necessárias, aos mesmos requisitos da regência geral; e, por outro lado, têm garantidas as prerrogativas e benefícios da Lei nº 8.906, de 1994.

Todavia, no que se refere aos advogados empregados da Administração Pública, a Lei nº 9.527, de 1997, em seu artigo 4º, consignou um comando que lhes impossibilitou usufruir o Título I do Capítulo V do Estatuto da OAB, criando uma sistemática de diferenciação entre os advogados empregados.

Com efeito, a Administração Pública, por sua natureza, está submetida a uma regência mais ampla do que àquela direcionada ao setor privado, donde decorre um regime próprio aos seus empregados.

O emprego público, inclusive o do advogado empregado, embora regido pelas disposições da CLT, submete-se, enquanto inserido na Administração Pública, às normas previstas no artigo 37 *caput*, e incisos I e II, da Constituição Federal, firmando um regime diferenciado.

Os valores constitucionais a que se submete a Administração devem orientar possíveis desequiparações como, por exemplo, no sentido de que seja necessário um regime próprio para os empregados que prestam seus serviços no *locus* diferenciado que são as empresas que integram a Administração Pública.

Nesse sentido, aplicar indiscriminadamente os dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil aos advogados com vínculo empregatício com a Administração Pública seria impertinente, pois seus advogados estão em situação diversa dos empregados da área privada.

À luz do Estado democrático de direito, o princípio da igualdade aplica-se entre os advogados empregados como legitimador das desigualdades formais existentes, em prol da igualdade material, que só pode ser obtida, em se tratado de situações diversas, com o tratamento normativo diferenciador.

Assim, as normas da Consolidação das Leis do Trabalho e do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil aplicam-se à Administração Pública com inúmeras peculiaridades, sobretudo porque há um regime próprio para o empregado público, advogado ou não. Vale ressaltar, no

entanto, que embora o artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997, seja legítimo à luz da Constituição Federal e do princípio da isonomia, sua abrangência não é absoluta entre os entes públicos.

Na verdade, quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica sem monopólio, o inciso II do parágrafo 1º do artigo 173 da Constituição Federal estabeleceu, efetivamente, simetria com as empresas privadas, devendo ser aplicado aos seus empregados, inclusive os advogados, exatamente o mesmo regime aplicável àqueles, sem as derrogações do referido artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997.

Pode-se sintetizar que o advogado empregado da Administração Pública, enquanto exerce suas atividades em um ente que desenvolva atividade eminentemente pública, ou fomentadora de políticas públicas, está submetido a um regime jurídico próprio, em plena conformidade com a Constituição Federal e amparado pelo princípio da isonomia, embora diverso dos demais advogados empregados.

Outrossim, nas hipóteses em que o advogado exercer suas atividades em ambiente de exploração comercial sem qualquer interferência estatal, ainda que o faça em empresa pública ou sociedade de economia mista, por determinação expressa de equiparação de condições do artigo 173 da Constituição, o estatuto trabalhista dos advogados empregados deverá ser idêntico aos da iniciativa privada, afastando-se as limitações impostas pelo artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997, pois incompatíveis com a Lei Maior.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. [on line] Disponível em: <http://www.calendario.cnt.br/ruibarbosa.htm>. Acesso em: 19 set. 2008.

BARROSO, Luís Barroso. *Diferentes, mas iguais:* O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Rio de Janeiro: Luís Roberto Barroso & Associados, 2008. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acesso em: 23 set. 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1996.

BORGES, José Souto Maior. *Significação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988*. p. 29-34. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, 1996, p. 29-34.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em 28. Set. 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.527 de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nºs 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.460, de 17 de setembro de 1992, e 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 dez. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9527.htm>. Acesso em 28. Set. 2008

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais e de revisão subseqüentes. Brasília: Senado Federal, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio, o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.522-2. Ação Direita da Inconstitucionalidade nº 1.552-4. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, Acórdão de 17 de abr. 1998, dois votos vencidos. Diário da Justiça de 17 de abr. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão cautelar dos efeitos do artigo 26 da Lei nº 1.035, de 1990, de Mato Grosso do Sul, que preteria a exigência do concurso público. Ação Direita da Inconstitucionalidade nº 277-5. Relator: Min. Octávio Gallotti. Brasília, Acórdão de 16 de maio de 1990. Diário da Justiça de 15 de jun. 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. *Estado de direito*. Lisboa (Portugal): Gradiva, 1999 (Cadernos Democráticos, v. 7).

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 2.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA,

Marcelo Andrade (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELOS, Ana Cristina de. *Manual para Normalização de Publicações Técnico-Científicas*. 8. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. Vol. II. 2 ed., Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta. Princípio da igualdade. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, ano 11, n. 42, jan./mar., 2003, p. 310–328.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º I de 1969*. Tomo IV, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Advocacia-Geral da União. Da manifestação referente à constitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 9.527, de 1997. *INFORMAÇÕES Nº AGU/LM-05/2005*, protocolizadas em 27/04/2005. Consultor da União: Dr. José Leovegildo Oliveira de Morais, fls. 141-143 dos autos.

ROSA. Vicente Pires Rosa. *Igualdade*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 458-459.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

O CONTROLE JUDICIAL DA EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Renata Elisandra de Araujo
Procuradora Federal junto à
Procuradoria Federal em Santa Catarina
Pós-Graduada em Direito Público pela UNB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988; 2 Das políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro; 3 O princípio da separação de poderes; 4 Do mérito administrativo – Da discricionariedade da Administração; 5 Das críticas ao controle judicial da execução das políticas públicas; 5.1 Dos parâmetros para o controle judicial; 6 Das hipóteses admissibilidade do controle judicial da execução das políticas públicas; 7 Da Jurisprudência do STF; 8 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Este estudo analisa a possibilidade da interferência do Poder Judiciário na execução das políticas públicas a cargo do Poder Executivo, tema comumente denominado pela doutrina de Controle Judicial das Políticas Públicas.
O ativismo judicial no âmbito das políticas públicas se intensificou a partir do momento em que foi contatado o crescimento das dificuldades do Poder Executivo em disponibilizar, a toda população e de norma satisfatória, os serviços públicos essenciais como, saúde, educação, transporte, saneamento básico, dentre outros.
Com base no forte argumento de que a deficiência na prestação desses serviços configura violação dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988, o Judiciário passou a compelir, cada vez mais, o Executivo a implementar determinado serviço público, em favor de determinado seguimento da população, definindo, inclusive, a forma em que o serviço deve ser prestado. Interferência essa que pode acarretar a violação do princípio da separação dos poderes e a invasão da discricionários da discricionariedade da Administração.
Por tais razões, torna-se imprescindível a definição de parâmetros e limites para atuação do Judiciário no âmbito da implementação das políticas públicas. No intuito de contribuir para a estipulação de limites para atuação judicial serão traçados os pontos negativos dessa interferência com destaque para ausência de formação técnica dos juízes sobre a necessidades globais e regionais da população e o desconhecimento dos limites orçamentários constitucionais impostos ao Executivo. Sob outro enfoque, demonstrar-se-á que os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade poderão ser invocados pelo Executivo para reduzir o controle judicial na execução das políticas públicas.
PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Direitos Sociais. Poder Executivo. Controle Judicial.

ABSTRAT: This paper intends to examine the possibility of interference of the Judiciary Power in the implementation of public policies by Executive branch, subject commonly called "the Judicial control of public policies".
The judicial activism raised after the growing difficulties of Executive branch to make available high quality, public services for all citizens, such as health system, education, transportations, basic sanitation and amongst others.
Based on the strong acquaintance that the lacking of such services is a violation of the social rights guaranteed by the Constitution of 1988, The Judiciary has been compelling the Executive branch

to implement certain services in favor of a specific follow-up population, defining the ways in which the service should be provide, which, in turn, may lead to violation of the principle of separation of powers and invasion of discretionary acts of the Administration.

For these reasons, it is essential to define the parameters and limits for the procedures of the Judiciary in the implementation of public policies and, therefore, the paper will trace the negatives points of the judicial activism with emphasis on lack technical training for judges on the overall needs and regional population and shortage concerning about budget issues established in the Brazilian Constitution. In another approach, the paper will demonstrate that the constitutionals principles of proportionality and reasonableness may be invoked by the Executive to reduce the judicial review of its policies.
KEYWORDS: Public policies. Social basic rigths.Executive Power. Judicial control.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 introduziu uma profunda modificação no ordenamento jurídico brasileiro ao conferir ampla proteção aos direitos fundamentais e estabelecer que as normas definidoras desses direitos têm aplicação imediata.

Para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, a Constituição atribuiu ao Estado o dever de prestar diversos serviços públicos, dotando-o do poder de arrecadar tributos e obter os recursos financeiros necessários para a realização desse fim.

No entanto, o Estado não tem conseguido desempenhar de forma satisfatória as políticas públicas relacionadas à efetivação dos direitos sociais devido à limitação dos recursos financeiros.

A inexistência ou deficiência do serviço público essencial compromete a qualidade de vida da população que, insatisfeita, recorre ao Poder Judiciário, numa tentativa de obter a imediata solução para os seus problemas.

Surge, então, o questionamento sobre a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição.

O controle judicial das políticas públicas vem sendo objeto de amplo debate na doutrina e jurisprudência sem que ainda se tenha

chegado a um consenso sobre a sua possibilidade e seus limites.

O presente trabalho analisa os limites do controle judicial das atividades do Poder Executivo relacionadas à execução das políticas públicas e demonstra a necessidade de imposição de critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação judicial.

Pretende-se demonstrar que o ativismo judicial pode acarretar interferências indevidas nas funções constitucionais conferidas ao Poder Executivo, provocando desorganização da atividade administrativa e impedindo a distribuição racional dos recursos públicos; comprometendo, assim, a continuidade das políticas públicas no geral.

A primeira questão a ser enfrentada consiste na análise dos direitos fundamentais e o seu desdobramento em gerações com enfoque para a controvertida questão da aplicabilidade imediata dos direitos sociais.

Em seguida faz-se necessária uma reflexão sobre princípio da separação dos poderes e sobre os elementos da discricionariedade da Administração.

A apuração das funções e limites da atuação do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas exige também a análise da aplicação do principio da reserva do possível cotejada com o do mínimo existencial.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As Constituições modernas, além de disciplinar a organização e o funcionamento do Estado, dedicam atenção especial à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O desenvolvimento e valorização do direito constitucional podem ser atribuídos, em grande parte, à afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana e à percepção de que a Constituição é o instrumento adequado para a positivação das normas asseguradoras desses direitos[1].

Os direitos fundamentais assumem posição de destaque na Constituição Federal de 1988. Constata-se tal assertiva por meio breve leitura do seu Preâmbulo que atesta a intenção do legislador de instituir um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça[2].

---

1 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.260.

2 Ibid.

Adiante, no Titulo II, a Constituição divide os direitos fundamentais em cinco categorias: direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, direitos de nacionalidade e os direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos[3].Em seu título VIII, a Constituição trata especificamente dos direitos sociais como seguridade social, da saúde, da previdência e assistência social, da educação, estipulando diversas garantias e instrumentos para a proteção e efetivação desses direitos.

Para o presente estudo, interessa a classificação doutrinária que situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações correspondentes à ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos[4]. São os direitos de primeira, de segunda e de terceira geração.

Os direitos de primeira geração são os direitos individuais que tiveram como primeira manifestação legislativa a Declaração de Direitos Inglesa de 1689 e ganharam destaque durante as revoluções americana e francesa, mais precisamente, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Traduzem a proteção do indivíduo em face do Estado, criando obrigações de abstenção, de não interferência dos governantes na esfera privada dos cidadãos. São direitos de cunho negativo inerentes às liberdades individuais, como a de consciência, de culto, inviolabilidade de domicílio e de propriedade[5].

O início do século XX foi marcado por graves distorções sociais decorrentes da industrialização, das crises econômicas, do aumento da densidade demográfica nos grandes centros urbanos[6]. A população empobrecida reivindicava uma mudança na postura do Estado Liberal exigindo a adoção de medidas para atendimento das suas necessidades básicas.

Surgem, então, os direitos de segunda geração ou direitos sociais que foram reconhecidos inicialmente pela Constituição Mexicana de 1917 e pela de Weimar de 1919[7]. Esses direitos são resultado do compromisso do Estado em assumir certas prestações positivas para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos e redução da desigualdade

3 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas 1999. p.56.

4 MORAES, op. cit.

5 Cf. BARROSO, Luís Roberto.*O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2000. p.100-101.

6 Cf.MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.233.

7 Cf. BARROSO, Luís Roberto.*O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.101.

social mediante o oferecimento de serviços públicos nas áreas de saúde, educação, assistência social, dentre outros.

De formação mais recente, os direitos de terceira geração são os direitos de titularidade difusa e coletiva que se caracterizam pela indeterminação dos titulares e pela indivisibilidade do objeto. A satisfação de um dos seus titulares implica na satisfação de todos, da mesma forma que a lesão ao direito de um configura lesão do direito de toda a coletividade. Nesta geração, estão os direitos ao meio ambiente saudável, o direito à paz e o direito à proteção do patrimônio histórico e cultural[8].

Conforme dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988 consagrou a supremacia dos direitos fundamentais em relação às demais normas constitucionais. Conferiu, ainda, em seu Art.5º, § 1º[9]aplicação imediata às normas definidoras desses direitos. O significado essencial dessa cláusula é o de ressaltar que as normas de definidoras de direito fundamentais são normas de caráter preceptivo e, não meramente, programático[10], vinculando, assim, a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; impondo-lhes a obrigação de concretizar os seus preceitos.

Dessa forma, o Poder Legislativo está duplamente vinculado às normas de direito fundamentais: deve observá-las no exercício de sua atividade legislativa e está obrigado a editar as normas necessárias para regulamentação de direitos fundamentais. O Poder Executivo, por sua vez, deve adotar as medidas necessárias para a concretização dos direitos fundamentais. Ao Poder Judiciário compete zelar pela aplicação dos direitos fundamentais nos casos concretos que lhe são submetidos.

O reconhecimento constitucional da eficácia imediata dos direitos fundamentais não implica, porém, entender-se que eles geram, sempre e de forma automática, direitos subjetivos concretos e definitivos[11].

Isso porque existem normas de direitos fundamentais que não são auto-aplicáveis, dependendo da interposição do Poder Legislativo para produzirem efeitos. As normas que dispõem sobre direitos fundamentais sociais geralmente têm a sua plena eficácia condicionada a complementação do legislador. È o que acorre com o a maioria dos direitos sociais constantes do Art.6º. Essas normas caracterizam-se pela

8 Cf.BARROSO, op. cit., p.102.

9 CF/88: "Art.5 º As normas definifidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

10 Cf.MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.134.

11 Cf.MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 135.

baixa densidade normativa, pois, a plenitude de seus efeitos depende da ação normativa do legislador infraconstitucional[12].

Assim, quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos indispensáveis para aplicabilidade imediata e depender da legislação infraconstitucional para se concretizar, não será possível a invocação do Art.5º, § 1º da Constituição[13].

Não se pode olvidar, entretanto, que algumas normas constitucionais sobre direitos sociais possuem alta densidade normativa de forma que o conteúdo dos seus enunciados já revela os seus principais efeitos. Não necessitam da interposição do legislador e os direitos nelas previstos podem ser prontamente exigidos pelos titulares em face do Estado, a título de exemplo tem-se o direito de greve previsto no art.9º da Constituição.

Acontece que a maioria dos direitos à prestação material apresenta conceitos mais fluidos, imprecisos que tornam a efetividade da norma dependente da atuação do legislador para produzir efeito, dentre esses direitos destacam-se direito à saúde e à previdência social.

Há que se observar, ainda, que os direitos à prestação material tutelam interesses voltados à realização da justiça social e para tanto exigem prestações positivas do Estado. São, assim, direitos que apresentam uma dimensão econômica, eis que são satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com a disponibilidade de recursos financeiros do momento, na forma prevista pelo legislador[14].

Após a expedição da legislação necessária para a efetividade do direito social à prestação material, poderá surgir o direito subjetivo à prestação concreta. A concretização desses direitos, no entanto, também está sujeita à disponibilidade econômica do Estado e somente poderá ser exigida dentro da reserva do possível. Esse é o ensinamento de Paulo Gustavo Gonet Branco:

> Aceita-se que também quanto aos direitos derivados, a reserva do possível encontra atuação, não se revelando contrário à isonomia que o Estado restrinja a concessão das prestações ao limite dos recursos existentes. Por isso, já se conceituaram esses direitos derivados a prestação como direitos a igual (não arbitrariamente discriminatória) distribuição das prestações[15]

12 Cf.MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.136.

13 Cf.MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.137.

14 Cf.MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.261.

15 Cf. MENDES; COELHO; BRANCO, 2002. p.151.

Essa breve apresentação das características básicas dos direitos fundamentais sociais mostra-se necessária na medida em que tais direitos constituem-se em parâmetros para eventual controle judicial da execução das políticas públicas.

2 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As políticas públicas são os instrumentos políticos e administrativos de escolha dos serviços e meios necessários para a implementação dos direitos fundamentais sociais.

Maria Paula Dallari Bucci atesta que políticas públicas são programas de governo que visam a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados[16].

As políticas públicas são o principal mecanismo de ação do Estado, seja por meio da edição de atos políticos pelo Legislativo, seja pela realização de atos administrativos pelo Executivo.

A implementação das políticas públicas envolve atuação dos representantes do povo, competindo ao Poder Legislativo a expedição de atos normativos que fixam metas, diretrizes ou plano governamentais e ao Poder Executivo a execução das políticas Ass políticas públicas constituem-se num "quadro normativo de ação" informado por elementos de poder público, elementos de expertise e elementos que tendem a constituir uma ordem local", todos da ordem do aparelho burocrático.Esses fatores atribuem à Administração um importante papel na a análise e na elaboração dos pressupostos que dão base à política pública[17].

As políticas públicas devem ser vistas como um processo ou conjunto de processos que leva à escolha racional e coletiva das prioridades necessárias para o atendimento do interesse público. A expressão conjunto de processos conota procedimentos coordenados pelo governo para satisfação do interesse público com o exercício do contraditório. Nesse processo serão descritos os direitos, ônus e deveres da administração e dos administrados aos quais são garantidos a participação e o contraditório[18].

---

16 Cf.BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* 1. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2006. p.241.

17 BUCCI, op. cit. p.249.

18 BUCCI, op. cit. p.264.

A concepção das políticas públicas como processo de formação do interesse público está relacionada à questão da discricionariedade do administrador na medida em que o momento essencial da discricionariedade é o da escolha da opção que melhor atende ao interesse público. E um interesse é reconhecível como interesse público quando for qualificado pela lei ou pelo direito.É o que ocorre no processo de formação da política pública como dado de direito, ou seja, sancionar determinados fins e objetivos, definindo-os legitimamente como finalidade da atividade administrativa[19].

Por fim, compete reforçar que o estudo em questão limita-se à verificação da possibilidade de controle judicial dos atos praticados pelo Poder Executivo para concretização das políticas públicas relacionadas à efetivação dos direitos sociais.

3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O estudo sobre a possibilidade e limite do controle judicial das políticas públicas demanda uma análise do princípio da separação dos poderes em conformidade com os objetivos do Estado Democrático de Direito.

O princípio da separação dos poderes teve origem na teoria criada por Locke e desenvolvida por Montesquieu e previu um modelo tripartite de governo com definição precisa das funções legislativa, executiva e judiciária com ênfase para necessidade de limitação do poder pela lei.

Primeiramente, há que se alertar para necessidade de afastar a interpretação distorcida de que a teoria da separação de poderes teria previsto uma separação rigorosa dos três poderes, pois o objetivo de Montesquieu era a contenção do poder e a garantia da liberdade política dos indivíduos. Em sua teoria, Montesquieu não exige a independência recíproca dos três poderes, apenas busca evitar que um poder interfira em outro, retirando a sua independência de modo a afetar a democracia. [20]Essa interpretação equivocada da teoria da separação dos poderes conduziria ao entendimento de que o Poder Judiciário jamais poderia questionar uma política pública implementada pelo executivo por ser tal conduta incompatível com os mecanismos de freios e contrapesos.

Não se pode olvidar que a teoria da separação de poderes foi proferida em conformidade com as circunstâncias existentes no

19 BUCCI, op. cit. p. 265.

20 MORAIS, Marília de Oliveira. *Saneamento Básico:* função e limites do controle judicial. Recife: UFPE, 2007. p 65.

contexto histórico absolutista em que imperavam o liberalismo e o iluminismo e que tais circunstâncias são muito diferentes da realidade contemporânea.Neste sentido está a doutrina de Krell que critica a reprodução pelas constituições modernas do princípio da separação dos poderes sem considerar o seu distanciamento da realidade atual em que pluralidade de massas almeja soluções práticas de utilidade geral.[21].

A evolução do modelo de estado liberal para estado social acarretou uma mudança na concepção doutrina da separação de poderes, bem como uma mudança no próprio modelo de Estado e de Constituição e, conseqüentemente, a valorização dos preceitos constitucionais. Assim, a interpretação da teoria da separação dos poderes mais adequada à atualidade é no sentido da inexistência de separação absoluta, mas sim predomínio das funções estatais que são atribuídas ao Legislativo, Executivo e Judiciário com a permissibilidade de que cada poder fiscalize o cumprimento das atividades dos outros poderes e o atendimento dos ditames constitucionais em benefício da liberdade da coletividade, num sistema de controle recíproco das funções estatais.

Acredita-se que a interpretação contextualizada da teoria da separação em conformidade com as circunstâncias atuais não conduz à sobreposição de um poder sobre outro, devendo todos aos poderes concentrar suas atividades às suas funções constitucionais para manutenção da harmonia prevista constitucionalmente.

4 DO MÉRITO ADMINISTRATIVO – DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da legalidade como princípio fundamental do direito administrativo. Além do princípio da legalidade, os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência conduzem e delimitam a atuação da Administração Pública.

Sabe-se que a Administração, no exercício de seus poderes deveres previstos na Constituição, pratica diversos atos para consecução dos seus objetivos. Os atos administrativos são ordinariamente classificados pela doutrina em atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários.

Os atos vinculados são aqueles em que a lei determina todos os requisitos e elementos para a sua realização sem deixar margem de liberdade à atuação administrativa. Todos os elementos do ato: competência, finalidade, forma, motivo e objeto estão previstos na

21 KRELL, op cit., p.90.

legislação, de modo que a atuação do administrador se limita à adotar a única opção permitida por lei.

Já os atos administrativos discricionários são aqueles em que a lei não regulamentou de forma suficiente todos os elementos, deixando a cargo do administrador certa margem de liberdade para escolha dos elementos: motivo e objeto.

O poder discricionário da Administração é resultado da impossibilidade de previsão legal de todas as condutas possíveis. Toda a vez que o legislador não puder definir qual a conduta necessária para o atendimento do interesse público haverá delegação do poder de escolha ao administrador entre duas ou mais opções conferidas pela norma.

Diogo de Figueredo Moreira Neto conceitua a discricionariedade como uma competência conferida à Administração para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo da legitimidade necessária para integrar a definição dos elementos essenciais à prática de atos de execução, objetivando o atendimento de um interesse público específico[22].

De acordo com o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade pode decorrer de três fatores:

a) da imprecisão da descrição fática pela lei (hipótese da norma);

b) concessão de alternativas de conduta ao administrador (comando da norma); e

c) conceitos vagos e imprecisos (finalidade da norma)[23].

O autor alerta que, embora se deva considerar que as causas determinantes da discrição irão residir num dos três mencionados fatores (hipótese, mandamento ou finalidade da norma), não será neles que a discrição se expressa, pois ela se manifesta em um único elemento que é conteúdo do ato praticado, a providencia adotada pelo administrador[24].

A noção de discricionariedade não se limita ao campo das opções administrativas efetuadas com base no critério da oportunidade e

22 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo.*Legitimidade e Discricionariedade .Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade.* 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1991. p. 22.

23 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* 2. ed. 8ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2007. p.19.

24 Cf. MELLO, op.cit, p. 21.

conveniência (mérito administrativo), envolvendo também o tema da intelecção dos conceitos indeterminados[25].

Conceitos jurídicos indeterminados são expressões ou termos contidos nas normas jurídicas sem sentido e definição pré-estabelecidos que permitem que o administrador possa atribuir certo significado mutável, em razão do juízo de valor que se faça da norma, é o que se sucede com expressões como "interesse público", "ordem pública e "segurança nacional";diferem da discricionariedade, pois esta representa uma situação jurídica diante da qual o administrador pode optar entre várias condutas lícitas, sem que haja imprecisão de sentido das normas[26].

Na conformidade com a moderna doutrina alemã, Eduardo Garcia de Enterria afasta a esfera de discricionariedade da administração por considerar que os conceitos são indeterminados apenas quando analisados abstratamente, mas nunca diante do caso concreto. Para essa doutrina, não há que se falar em discricionariedade já que os conceitos indeterminados dependem apenas de uma interpretação por parte do Poder Judiciário que irá definir a solução adequada para o caso concreto[27].

Acontece que muitas vezes não haverá apenas uma solução adequada para o caso devido à possibilidade de diversas interpretações possíveis e razoáveis. Nesses casos, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que não haverá violação da lei se o administrador, com base em entendimento razoável, efetuar uma opção válida para o caso de conceito indeterminado. Essa opção do administrador não poderá ser substituída pelo Poder Judiciário por ter sido proferida dentro da legalidade[28].

José dos Santos Carvalho Filho leciona que a confusão entre conceitos indeterminados e discricionariedade decorre da circunstância de que ambos "se enquadram nas atividades não vinculadas da Administração, uma vez que neles a norma não exige padrões objetivos de atuação". Para o doutrinador, o conceito indeterminado situa-se no plano de previsão da norma (antecedente) porque a lei já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido, enquanto a discricionariedade aloja-se na estatuição da norma,

---

25 MELLO, op.cit. p. 28.

26 Cf.CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*.15. ed. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2006. p. 43

27 MELLO, op.cit. p.22.

28 MELLO, op.cit. p.23.

visto que a norma permite que o administrador escolha a configuração desses efeitos[29].

Em casos de dúvida sobre a correta subsunção do caso concreto à determinação normativa descrita mediante conceito impreciso, restará ao Poder Judiciário apenas verificar se a Administração manteve a sua atuação dentro dos limites da lei ou se os extrapolou. Verificando que a opção administrativa não contraria o direito, o Judiciário não terá legitimidade para rever o ato.

Na prática, verifica-se a desnecessidade de se efetivar a distinção entre discricionariedade e conceitos indeterminados porque em ambos os casos haverá liberdade administrativa conferida por lei passível de ser contrastada pelo Judiciário que verificará se a conduta da Administração, no caso concreto, foi proferida de acordo com a liberdade conferida pela lei.

Importante salientar que o reconhecimento da possibilidade de discricionariedade em casos de conceitos indeterminados não conduz ao alargamento da liberdade da Administração; primeiro, porque os conceitos indeterminados têm um conteúdo mínimo indiscutível, uma densidade mínima; segundo, porque a interpretação desses conceitos pelo administrador não pode ser feita de acordo com a concepção pessoal do servidor, mas sim com o sentido reconhecido socialmente; terceiro, porque a interpretação há de ser sistemática, em conformidade com a totalidade das normas jurídicas, jamais como um seguimento isolado do direito[30].

Há que se atentar, ainda, para o fato de que a concessão legislativa da discricionariedade ao administrador não o exime de optar pela melhor solução para o caso concreto. Se o administrador praticar um ato divergente daquele adequado para o caso ou se tiver optado por um ato impróprio em relação à finalidade legal, seu ato estará sujeito à revisão jurisdicional por ter ultrapassado o limite da discricionariedade. Em outros termos, a discricionariedade não afasta o controle da legalidade.

O administrador deve fazer opções idôneas para chegar à finalidade prevista na legislação. O ato administrativo deve ser confrontado com as circunstâncias fáticas existentes para que se possa verificar se houve correlação lógica necessária e se o ato tem idoneidade para alcançar a finalidade almejada. Com isso pode haver situações em que a discricionariedade, embora existente ao nível da norma, deixa de existir no caso concreto.

---

29 CARVALHO FILHO, op.cit., p. 43.

30 Cf. MELLO, op. cit., p.30.

Não é demais reforçar que a discricionariedade na escolha dos motivos e objeto está sujeita a limites que, ultrapassados, fulminam o ato de nulidade: são os limites à oportunidade relativos ao motivo e os limites à conveniência, relativos ao objeto. A oportunidade e conveniência estão sujeitas a parâmetros legais. Há limites para oportunidade integrar o motivo e, há limites à conveniência, para integrar o elemento objeto. A não observância desses limites legais caracteriza exercício irregular, e, portanto, passível de ser verificada pelo Judiciário[31].

A discricionariedade deve se restringir aos limites de oportunidade que são os requisitos mínimos exigíveis de valoração lógica a serem satisfeitos para que o motivo, discricionariamente integrado a partir dos pressupostos de fato e de direito, atenda ao interesse público específico estabelecido pelo legislador como finalidade do ato administrativo[32].

O motivo corresponde à situação de direito e de fato que autoriza ou determina a prática do ato discricionário. A inexistência de motivos para a prática do ato configura desvio de finalidade. O motivo há que ser também razoável, ou seja, deve contribuir, de forma efetiva, para o satisfatório atendimento do interesse público; deve ser proporcional em relação às circunstâncias que suscitaram o ato e, ainda, suficiente e necessário para a prática do ato e adequado à natureza jurídica do ato praticado.

O Poder Judiciário tem legitimidade para averiguar se, no caso concreto, a opção administrativa se manteve ou não dentro dos limites da razoabilidade, e anulá-la sempre que constate uma imprópria qualificação dos motivos diante da lei, uma abusiva ampliação do sentido da lei, uma desproporcional extensão do sentido da lei perante os fatos a que se quer aplicá-lo[33].

Por sua vez, os limites de conveniência à discricionariedade são os requisitos mínimos a serem observados para que o objeto, discricionariamente definido para consecução dos resultados pretendidos, possa atender ao interesse público definido pelo legislador[34].

Ao utilizar-se da conveniência para a escolha do objeto, compete ao administrador se certificar sobre a possibilidade jurídica e física do objeto e se este objeto se encontra de acordo com a finalidade a ser atingida (interesse público).

A prática de ato em desconformidade com a finalidade da lei e com o interesse público caracteriza desvio de poder e a sua

31 Cf.MOREIRA NETO, 1991. p. 22.

32 MOREIRA NETO, op. cit. p.41.

33 Cf. MELLO, op. cit., p. 92.

34 Cf. MOREIRA NETO, op. cit., p. 51.

constatação requer a análise de todos os elementos que envolvem o ato como os antecedentes, fatos, circunstâncias, motivos, usualidade ou excepcionalidade da providência adotada. Não haverá discricionariedade se o agente administrativo incorrer em desvio de poder, pois sua conduta será ilegal e passível de ser corrigida pelo Poder Judiciário.

Compete à administração envidar todos os esforços para a escolha dos meios adequados para alcance dos resultados almejados pelo interesse público. O atendimento ineficiente ao interesse público específico constitui-se em vício de finalidade, sujeito ao controle judicial.

Como visto, o controle da legalidade não está adstrito aos requisitos exteriores do ato administrativo, podendo-se estender aos motivos e ao objeto que, considerados no caso concreto, não estejam em conformidade com a finalidade da norma.

Em suma, os elementos do mérito administrativo, oportunidade e conveniência, poderão ser examinados pelo Poder Judiciário sempre que se pretenda concluir pela sua conformidade com o ordenamento jurídico, não havendo que se falar em limitação à liberdade do administrador e sim de controle judicial de legalidade.

5 DAS CRÍTICAS AO CONTROLE JUDICIAL DA EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Por ora, passa-se a demonstrar os motivos e as razões que restringem as possibilidades de controle judicial das políticas públicas.

Inicialmente deve se considerar que a excessiva intervenção judicial nas políticas públicas configura afronta à soberania popular exercida por meio de sufrágio universal.

A soberania popular se realiza por meio da eleição de seus representantes. Pelo sistema representativo, os Chefes dos Poderes Legislativo e Executivo são escolhidos pelo povo para a defesa dos seus direitos e interesses.

Ao seu turno, os membros do Poder Judiciário são, em regra, selecionados por critérios técnicos e não eletivos que não contam com a participação popular, não representando, a princípio, os interesses da população.

Verifica-se, então, que a idéia de governo da maioria se realiza principalmente na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo aos quais compete a definição das políticas públicas de acordo com as prioridades definidas pelos cidadãos[35], não sendo admissível que o Poder Judiciário,

35 Nesse sentido está doutrina de BESERRA, Fabiano Holz. *Comentários sobre a decisão proferida no julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF*.p.110 In: Revista de Direito Social, Porto

que não dispõe de legitimidade democrática, substitua a vontade da população pela sua vontade.

Há que se considerar, ainda, que execução das políticas públicas relacionadas à efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade de recursos. Neste contexto, a escassez de recursos econômicos impõe ao Estado a realização de opções de alocação de verbas de acordo com o momento histórico e o quadro político do país. Essas opções podem resultar no atendimento de determinadas políticas públicas em detrimento de outras e favorecimento de determinado segmento da população; questão, que também justifica a importância da legitimação popular, pois somente os representantes da população são autorizados a definir suas necessidades prioritárias diante da impossibilidade de satisfação de todos os seus direitos[36].

Outro fator que contribui para restringir as hipóteses de intervenção judicial na execução das políticas públicas consiste na atribuição constitucional ao Poder Executivo do dever de exercer as atividades administrativas e de executar as políticas públicas necessárias ao atendimento dos direitos fundamentais. Essas atribuições estão previstas no art.84, inciso II, da Constituição e deverão ser cumpridas pelo Poder Executivo, não competindo ao Poder Judiciário assumir o desempenho de tais obrigações, devendo limitar sua atuação à função de fiscalizar a constitucionalidade e legalidade das atividades administrativas[37].

Por outro lado, a verificação da disponibilidade de orçamento e o controle de sua distribuição exigem conhecimentos técnicos específicos, estudos e domínio de informações por parte dos gestores e administradores, questões que estão fora do alcance do Poder Judiciário que não dispõe de uma visão global dos recursos disponíveis e das necessidades da população como um todo. Nesse sentido está o entendimento de Fabiano Holz Beserra:

> A verificação da disponibilidade de numerário e, acima de tudo, o controle orçamentário não raro demandam o domínio de uma gama

Alegre,Notadez nº18, p.99-110, abril-junho2005. De outra parte, é discutível a legitimidade daqueles que não possuem delegação popular para fazerem opções de gastos. Quando há investimentos dispensáveis ou suntuosos não há maiores problemas. O mesmo não se diga, porém, quando se está a optar por gastos sociais de igual status, como educação e saúde. Além disso, o que definiria a prioridade de atendimento: a distribuição do processo? O melhor advogado? A celeridade do juízo? São indagações que, sem dúvida, tornam a questão complexa.

36 Ibidem.

37 APPIO, Eduardo.*Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008. p.167.

> de informações e uma formação técnica especializada, de difícil manejo no exercício da jurisdição.
>
> Especialmente, em demandas individuais nem sempre é possível que se chegue a numa visão do conjunto orçamentário e da repercussão das opções de gasto em áreas sociais igualmente legítimas. Essa tarefa é particularmente dificultada pelo fato de o Poder Público ser demandado concomitantemente em diversas unidades jurisdicionais[38].

Deve-se enfatizar que a ausência de conhecimentos técnicos específicos limita a capacidade do Poder Judiciário de interferência nas políticas executadas pela Administração Pública, pois nos dizeres de Luís Roberto Barroso: O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública[39].

Sob outro enfoque há que se considerar também que a Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 3º, os objetivos a serem necessariamente alcançados pelo Estado e, para garantir a realização desses objetivos, definiu todo o sistema de planejamento da atuação estatal constituído por um conjunto de três leis que se sucedem e se completam; a Lei do Plano Plurianual(PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) [40].

Ao tratar do sistema orçamentário, a Constituição prevê em seu art. 165, § 4º que todos os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos deverão ser elaborados em consonância com o

---

38 BESERRA, Fabiano Holz. *Comentários sobre a decisão proferida no julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF.*p.110.In: Revista de Direito Social, Porto Alegre, nº18, p. 99-110, abril-junho 2005.

39 BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.* In.Revista de Direito do Estado, V.3, Rio de Janeiro, Renovar julh/set 2006, p. 32, *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva:direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. p.55. In:* Interesse Público, Belo Horizonte, ano IX, n46, p31-*61,2007, 54-55* "Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõe de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça -, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas púbicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado".

40 Cf.SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. p.220. *Revista Interesse Público*, V.32, Porto Alegre: Nota Dez, 2005, p.213-227

plano plurianual e; em seu art. 166 § 4º, estipula que a lei de Diretrizes Orçamentárias deve ser compatível com o plano plurianual. Em seu art.167, a Constituições disciplina as condutas vedadas ao Poder Executivo no tocante às despesas e receitas[41].

Do exposto, constata-se que a Constituição e as Leis Orçamentárias discriminam de forma detalhada a alocação das receitas públicas, limitam as despesas e definem as metas e objetivos a serem atingidos pelo Poder Executivo. Todas essas normas devem ser observadas pela Administração para a realização dos objetivos constitucionais previsto no art.3º da Constituição[42].

Conclui-se então que o Poder Executivo não possui ampla discricionariedade para dispor dos recursos financeiros como bem entender, restando-lhe apenas uma reduzida margem de liberdade para execução das políticas públicas.

Não se pode esquecer que a Constituição prevê limitações para a arrecadação das receitas ao tratar do sistema tributário nacional, estipulando diversas limitações ao poder de tributar do Estado, dentre as quais se destacam os princípios da reserva legal tributária, da anterioridade da lei instituidora do tributo e da irretroatividade.

Ademais, a reduzida margem de discricionariedade na alocação dos recursos impede que o Estado destine todos os recursos na efetivação de políticas públicas devido à existência das demais despesas estatais que também são obrigatórias por imposições Constitucionais como as despesas com pessoal.

Essa limitação da liberdade de alocação de recursos deve ser preservada de forma a não se admitir que o Poder Judiciário interfira nas condutas da Administração proferidas nos termos da legislação orçamentária e da Constituição.

A corroborar essa assertiva, utiliza-se do exemplo do direito à educação que tem, na Constituição (art.212) e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a garantia dos recursos necessários ao seu financiamento por meio de um sistema automático de repasses que elimina a discricionariedade do Poder Executivo em sede de formulação da lei orçamentária anual[43] A discricionariedade do Executivo é limitada também pela a participação ativa da sociedade por meio dos

41 Ibid.

42 SCAFF, op.cit. p.220.

43 APPIO, Eduardo.*Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba:Juruá, 2008. p. 147.

conselhos previstos na legislação[44]. Assim sendo, se o Poder Executivo observar as normas da Constituição e as leis orçamentárias, não será possível a interferência judicial nas atividades realizadas porque a sua conduta foi proferida no estrito cumprimento de seu dever previsto constitucionalmente.

Do exposto, consta-se que os motivos apontados comprovam a necessidade de se restringir o controle judicial das políticas públicas aos casos em que a Administração não observar a Constituição e a legislação infraconstitucional.

5.1 DOS PARÂMETROS PARA O CONTROLE JUDICIAL. DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

Já foi afirmado que a Constituição Federal de 1988 conferiu ampla proteção aos direitos sociais, aumentando, conseqüentemente, o número de atribuições e funções do Estado.

Mencionou-se também que o planejamento e a execução das políticas públicas destinadas ao atendimento dos direitos sociais geram altos investimentos para a Administração e que os recursos financeiros disponíveis não são suficientes para atendimento de todas as necessidades da população, impondo ao Poder Executivo a escolha de prioridades.

A insuficiência de recursos financeiros constitui-se no principal argumento utilizado pela Administração para justificar inexecução de uma determinada política pública.Essa possibilidade de restrição da atuação estatal em razão da inexistência de recursos é denominada de reserva do possível.

A teoria da reserva do possível, como elemento de limitação à ação estatal, teve origem na da jurisprudência da corte constitucional alemã que, na década de 70, decidiu que a implementação dos direitos a

44 Lei 9.394/96: Art. 9º A União incumbir-se-á de: [...]

§ 1º Na estrutura educacional, haverá um Conselho Nacional de Educação, com funções normativas e de supervisão e atividade permanente, criado por lei.

Art. 69. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, vinte e cinco por cento, ou o que consta nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas, da receita resultante de impostos, compreendidas as transferências constitucionais, na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

Art. 14. Os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios:

I – [...]

II - participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

prestações positivas por meio de serviços públicos pelo Estado estava sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos, Na lição de Andréas Krell:

> Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (Teilhaberechte) "estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional pode esperar da sociedade".Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social: a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos[45].

No Brasil, a reserva do possível é defendida pela doutrina de Paulo Gustavo Gonet Branco que considera que a realização dos direitos à prestação material depende das conjunturas econômicas e das disponibilidades financeiras do momento. Segundo o autor, a exigência de satisfação desses direitos é medida pela ponderação dos interesses envolvidos observado o estágio de desenvolvimento da sociedade[46]. Na mesma linha de entendimento, o Ministro Gilmar Mendes reconhece que a efetivação dos direitos está submetida à reserva do financeiramente possível.[47].

Por outro lado, a possibilidade de invocação da teoria da reserva do possível pelo Poder Executivo é criticada por expressiva corrente doutrinária, liderada por Andreas Krell, que entende que o reconhecimento da teoria da reserva do possível não pode eximir o Estado do seu dever de garantir mínimo existencial.

Segundo Andreas Krell, a teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao cidadão direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação de serviços sociais básicos para a garantia de sua dignidade[48] .

Em geral, considera-se como mínimo existencial o conjunto de bens e necessidades básicas imprescindíveis para uma vida

---

45 KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:os (des) caminhos de um direito constitucional comparado.* Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p.52.

46 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires;BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.* 1. ed. 2ª tiragem,Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p.146-147.

47 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional.* 3. ed. 3ª tirag., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

48 KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:os (des) caminhos de um direito constitucional comparado.* Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p.62.

digna. No entanto, a definição desse núcleo de necessidades básicas consiste em questão controversa ainda não pacificada pela doutrina e jurisprudência.

Para Luís Roberto Barroso, o mínimo existencial corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que proporcionam o acesso aos valores civilizatórios e à participação esclarecida no processo político; competindo aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário o dever de realizar os direitos fundamentais na maior extensão possível, tendo como limite o núcleo essencial desses direitos[49].

Por sua vez, Gilmar Ferreira Mendes refere-se se à controvérsia doutrinária e jurisprudencial, informando que elas se manifestam em dois modelos básicos: a) os adeptos da teoria absoluta que consideram o núcleo essencial como unidade autônoma, que independe de qualquer situação concreta, insuscetível de limitação por parte do legislador; b) os defensores da teoria relativa que entendem que o núcleo essencial há de ser definido em cada caso de acordo com o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo .Segundo esses doutrinadores o núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio de proporcionalidade[50].

Ainda na lição de Gilmar Mendes, as duas correntes suscitadas apresentam fragilidades. A teoria absoluta mostra se falha na medida em que, ao acolher uma noção material do núcleo essencial insuscetível de redução, pode, em muitos casos, converter-se numa teoria vazia em razão da dificuldade de se comprovar *in abstracto* a existência desse mínimo essencial; enquanto a teoria relativa falha ao conferir uma flexibilidade exagerada aos direitos fundamentais.[51].

Para sanar as falhas das correntes apresentadas, Gilmar Mendes adota a solução proposta por Hesse que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra limitações arbitrárias e contra a lesão ao núcleo de direitos fundamentais. De acordo com o Ministro do STF, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida ao fim perseguido, devendo cuidar também da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida [52].

---

49 Cf.BARROSO, Luís Roberto.Da falta de efetividade à judicialização excessiva:direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. p.46. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano IX, n 46, p.31-61, 2007.

50 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. 3ª tirag., São Paulo:Saraiva,2007.43-44

51 Ibidem.

52 MENDES, op. cit., p. 45.

Diante das considerações apresentadas neste trabalho e considerando as dificuldades financeiras enfrentadas pelo Estado Brasileiro, entende-se que o conceito de núcleo essencial deve ser interpretado de forma restrita, limitando-se às prestações indispensáveis que possam ser assumidas pelo Estado de acordo com a disponibilidade financeira do momento, ou seja, de acordo com a reserva do possível.

Assim, a teoria da reserva do possível pode e deve ser invocada pela Administração nos casos em que não dispuser de recursos para a execução das políticas públicas nos termos determinados pelo Judiciário. No entanto, reconhece-se a necessidade de imposição de limites para que a reserva do possível não seja utilizada no intuito de justificar a inércia prolongada da Administração.

A aplicação do principio da proporcionalidade apresenta-se como uma interessante solução para a limitação do alcance da cláusula da reserva do possível porque propõe a aplicação proporcional dos recursos públicos entre os diversos direitos sociais existentes.

Há, ainda, que se mencionar a solução proposta por Scaff que reconhece a admissibilidade da aplicação teoria da reserva do possível desde que haja comprovação de que os recursos estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível. Segundo o jurista:

> Como os direitos fundamentais sociais são, por definição, direitos a prestações, não é razoável que se aloquem todos os recursos públicos disponíveis para a sua implementação. Mas é imprescindível que sejam disponibilizados recursos públicos suficientes, de forma proporcional aos problemas encontrados e de forma progressiva no tempo, de modo que as deficiências para o exercício das liberdades jurídicas sejam sanadas através do pleno exercício das liberdades reais (Robert Alexy), ou, por outras palavras, para o exercício pleno das capacidades de cada individuo ou coletividade de indivíduos (Amartya Sen)[53].

Compete relembrar a necessária vinculação do Poder Executivo às determinações constantes da Constituição e das leis orçamentárias que impõem limitações formais e materiais aos gastos públicos e reduzem discricionariedade desses Poderes para utilização dos recursos públicos.

---

53 Cf. SCAFF, Fernando Facury.Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. p.225 *Revista Interesse Público*, V.32, p.213-227. Porto Alegre: Nota Dez, 2005.

Assim, se Administração Pública tiver observado as determinações da Constituição e das Leis Orçamentárias na aplicação dos recursos e, se essa distribuição dos recursos for proporcional entre os diversos serviços existentes, admitir-se-á utilização da teoria da reserva do possível.

Da mesma forma, será admitida a aplicação da reserva do possível se a Administração comprovar o caráter transitório da indisponibilidade dos recursos e que existe programação orçamentária para que a execução o da política pública seja feita de forma progressiva ao longo de determinado período.

6 DAS HIPÓTESES ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As considerações apresentadas conduzem ao entendimento de que controle judicial da execução das políticas públicas pelo Poder Executivo não difere do controle judicial da constitucionalidade e legalidade dos atos da Administração.

Primeiramente, considerando o que foi afirmado no tópico referente aos direitos sociais à prestação, há que se concluir que o Poder Judiciário não poderá condenar a Administração à prestação de uma política pública relacionada a um direito social previsto na Constituição de forma genérica e ainda não regulamentado pelo Poder Legislativo.

Todavia, nos casos em que a norma constitucional apresentar alta densidade normativa e contiver os elementos necessários para a sua aplicabilidade, haverá possibilidade de controle judicial da omissão ou ineficiência da atuação da Administração.

Em se tratando de direito social previsto na Constituição e devidamente regulamentado pelo Poder Legislativo, também se admitirá o controle judicial se o Poder Executivo não adotar as políticas públicas necessárias para a efetivação do direito.

Contudo, se a Administração, em conformidade com as normas Constitucionais e com as normas orçamentárias, comprovar a aplicação dos recursos públicos nos percentuais determinados e a adoção das medidas necessárias para concretização do direito social e, mesmo assim, tais providências não se mostrarem suficientes para a satisfação de determinado direito social, não será permitida a intervenção do Poder Judiciário porque, conforme demonstrado, essa interferência configura invasão as atividades atribuídas pela Constituição ao Poder Executivo.

Há que se considerar que, mesmo nas hipóteses de admissão da intervenção judicial, não se deve admitir que o Judiciário interfira nas opções válidas administrativas para determinar a forma ou

modo de execução da política pública porque tal ingerência também caracteriza invasão das atividades atribuídas pela Constituição ao Poder Executivo.

Novamente relembrando o que foi afirmado anteriormente, deve se enfatizar que os direitos à prestação material são direitos que se caracterizam pela sua dimensão econômica e que devem ser satisfeitos de acordo com as conjuntas econômicas e com a da disponibilidade de recursos financeiros, estando submetidos à reserva do possível[54].

Portanto, diante da inexistência de recursos suficientes, a Administração poderá invocar a teoria da reserva do possível para justificar a impossibilidade de cumprimento da determinação judicial desde que comprove que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados para efetivação dos direitos sociais de forma proporcional aos problemas existentes e de modo progressivo no tempo a fim de que o impedimento ao pleno exercício das capacidades seja sanado nos próximos exercícios financeiros conforme programação razoável.

Por fim, embora a questão não esteja sendo analisada no presente estudo, compete lembrar que sempre haverá possibilidade do Poder Judiciário verificar a existência de desvio de finalidade ou abuso de poder que vierem a ocorrer na execução das políticas públicas.

7 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A matéria objeto do presente estudo já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Direito Fundamental nº. 45 ajuizada pelo Partido da Social da Democracia contra o veto presidencial que incidiu sobre o § 2º do Art. 55 de proposição legislativa convertida na Lei n 10.707 (LDO)[55]:

---

54 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op.cit.,146.

55 STF, DJ ,24, abril 2004 ADF45/DF EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE

No caso apresentado, o julgamento da ação foi prejudicado devido à remessa posterior ao Congresso de novo projeto de lei pelo Presidente restaurando a integralidade do inciso vetado. Todavia, o relator, Ministro Celso de Mello, adentrou no mérito da ação para defender a possibilidade, excepcional, de controle judicial das políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais em casos de descumprimento por omissão ou ineficiência da ação estatal que venha a comprometer a eficácia dos direitos coletivos.

O Supremo reconheceu que realização dos direitos sociais, além se caracterizar pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de um inescapável vinculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, restando comprovada, de forma objetiva, a incapacidade econômica financeira da Administração, não será possível dela exigir a imediata efetivação do comando constitucional. Porém, o relator repudiou a utilização da reserva do possível pela Administração como justificativa da omissão em relação seu dever de disponibilizar serviços públicos aos cidadãos decorrente da malversação dos recursos econômico-financeiros.

O STF destacou a inexistência de liberdade absoluta dos poderes Legislativo e Executivo na execução das políticas públicas em razão da obrigatoriedade de observância das normas constitucionais e se manifestou favoravelmente à intervenção do Poder Judiciário para aplacar a inércia ou conduta abusiva da administração que comprometa a eficácia dos direitos sociais deixando de conceder as condições mínimas necessárias a uma vida digna.

O acórdão do Supremo reconheceu, ainda, que a jurisdição constitucional que lhe é atribuída possui dimensão política que faz com que a Corte não se exima "do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos, econômicos sociais e culturais".

Em suma, o STF concluiu que o controle judicial das políticas públicas depende da presença cumulativa de dois elementos: 1) a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público, e 2) da existência de disponibilidade financeira do estado para tornar efetivas as prestações dele reclamadas.

Os argumentos da ADPF nº 45 têm servido de parâmetro para todo o Poder Judiciário que nele se fundamenta para julgar as políticas públicas de direitos sociais. O próprio STF vem consolidando o seu entendimento sobre a possibilidade excepcional da intervenção do Poder Judiciário na definição das políticas públicas previstas na Constituição

DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

nos casos em que a ação ou omissão dos Poderes Legislativo e Executivo comprometer a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

Seguindo o entendimento proferido na ADPF nº45, a Suprema Corte reconheceu, no julgamento do recurso de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5, que o direito à educação infantil, por meio do acesso de crianças de até seis anos em creches, constitui-se em direito social com alto significado social de irrecusável valor constitucional que impõe ao Estado o dever de envidar esforços para sua imediata realização[56].

A Segunda Turma do Supremo também enfatizou a necessidade de fixação de limites para a teoria da reserva do possível, declarando que sua aplicação somente será admitida quando o Estado comprovar, objetivamente, a incapacidade financeira.

Como visto, as considerações apresentadas nesse estudo estão em consonância com entendimento da Suprema Corte. É extremamente importante que o Estado cumpra as obrigações constitucionais para a concretização dos direitos sociais e que somente utilize o argumento da reserva do possível quando comprovar que, efetivamente, não dispõe de recursos financeiros para atendimento judicial. Não sendo admissível que a Administração utilize, dolosamente, desse argumento para fugir do seu dever Constitucional e manter-se inerte indefinidamente, ainda mais, se dessa conduta puder resultar a nulificação ou, até mesmo, a aniquilação dos direitos fundamentais.

Entretanto, na linha do que foi exposto, entende se que se a Administração, em conformidade com as normas Constitucionais e com as normas orçamentárias, aplicar os recursos públicos nos percentuais determinados pela legislação orçamentária e adotar as medidas necessárias para concretização do direito social e, mesmo assim, tais providências não se mostrarem suficientes para a satisfação de determinado direito social, não será permitido a intervenção do Poder Judiciário sob pena de ingerência indevida nas atribuições conferidas pela Constituição ao Poder Executivo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As breves considerações apresentadas neste trabalho conduzem ao entendimento da possibilidade excepcional de controle judicial das políticas públicas quando a conduta (ação ou omissão) da Administração contrariar as determinações da Constituição e da legislação pertinente.

Admite-se o controle judicial nos casos em que a norma

56 STF, DJ 03 de fevereiro de 2006 AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 410.715-5 SP

constitucional referente ao direito social apresentar os elementos concretos para a sua imediata aplicação e também nos casos de direitos sociais previstos em norma constitucional genérica devidamente regulamentada pelo Poder Legislativo.

Diversos fatores contribuem para restrição da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas como: ausência de legitimidade democrática, invasão das atribuições conferidas constitucionalmente ao Poder Executivo, ausência de conhecimentos técnicos e noções globais das necessidades da população e inexistência de recursos financeiros para atendimento de todas as necessidades da população.

Diante de uma demanda judicial sobre a efetivação de políticas públicas, a Administração poderá utilizar-se da teoria da reserva do possível para justificar a inexistência ou deficiência da política pública desde que comprove, de forma objetiva, que os recursos financeiros disponíveis estão sendo distribuídos de forma proporcional aos direitos sociais existentes e forma progressiva no tempo para que esses direitos sejam efetivados na maior brevidade possível.

Por fim, ressalta-se que o Poder Judiciário jamais poderá interferir nas opções administrativas relacionadas à forma e modo de prestação da política pública, pois tais atribuições estão relacionadas à discricionariedade conferida ao Poder Executivo pela Constituição.

Não se trata de conferir ao Poder Judiciário a possibilidade de assumir e substituir as funções do Poder Executivo, mas apenas de enfatizar a sua função de fiscalizar a observância das normas Constitucionais.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. p.46. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano IX, n 46, p.31-61, 2007.

BESERRA, Fabiano Holz. Comentários sobre a decisão proferida no julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/ DF. p.110 In: *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, Notadez n.18, p.99-110, abril-junho2005.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Publicas no Estado Constitucional. Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública.* Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas.* Bahia: Podium, 2008.

KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha.* Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Diretos fundamentais e controle de constitucionalidade.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1999.

MORAIS, Marília de Oliveira. *Saneamento Básico:* função e limites do controle judicial. Recife: UFPE, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo.*Legitimidade e Discricionariedade .Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista Interesse Público*, V.32, Porto Alegre: Nota Dez, 2005.

DOS LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA REVISÃO DOS ATOS DAS BANCAS EXAMINADORAS DE CONCURSOS PÚBLICOS: CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO STF

Silton Batista Lima Bezerra
Especialista em Direito Público - UnB. Membro da Comissão para realização do "Diagnóstico da Advocacia Pública". Secretaria de Reforma do Judiciário/SRJ do Ministério da Justiça/MJ. Out/2008. Brasília/DF.
Membro do Conselho Científico & Empresarial da Primeira Cúpula sobre o Judiciário e os interesses vitais da Nação Brasileira – Cúpula Justina. Evento realizado pelo Instituto Besc de Humanidades e Economia

SUMÁRIO: Introdução; 1 Apresentação do problema; 2 Apresentação das teses da jurisprudência e das súmulas do Supremo Tribunal Federal; 3 Análise dos argumentos e fundamentos da jurisprudência; 3.1 A doutrina da separação de poderes; 3.2 O mérito do ato administrativo; 3.3 Dos atos administrativos discricionários; 4 A aplicação dos princípios constitucionais; 4.1 Princípio da legalidade; 4.2 Princípio da inafastabilidade da Jurisdição; 4.3 Princípio da publicidade; 4.4 Princípio razoabilidade; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho fornece parâmetro para a atuação judicial, dentro dos limites atribuídos a si pelo Poder Judiciário, na resolução dos casos cujo objeto do pedido seja a revisão dos atos administrativos de correção de provas de concursos públicos realizados pelas Bancas Examinadoras.
O principal desafio residiu na busca de uma solução justa e que atenda aos princípios da separação de poderes, da inafastabilidade da jurisdição, da legalidade, da publicidade e da razoabilidade.
O estudo analisou precedentes do Supremo Tribunal Federal – STF, pois, este é o órgão responsável pela interpretação constitucional definitiva.
Na observação da dinâmica realizada pelo Poder Judiciário para solução dos problemas concretos, surgiu impasse aparentemente intransponível: a impossibilidade do Poder Judiciário substituir a banca de concurso para dar notas a candidatos versus o dever de revisar o ato de correção das questões.
A moderna doutrina administrativista avaliza o entendimento da possibilidade de sindicabilidade dos atos administrativos, sem, entretanto, apresentar de modo claro a maneira de operacionalização do mesmo. Nesta oportunidade, propõe-se, como forma de equalização dos interesses refletidos, bem como adequando o caso aos princípios examinados, a utilização de peritos como auxiliares do Juiz, no sentido de garantir a manutenção da imparcialidade do magistrado.
Essa evolução, produto da análise sistematizada da jurisprudência do Pretório Excelso, fornece coerência aos diversos julgados das instâncias repetidoras, conferindo-lhes maior grau de segurança.
PALAVRAS-CHAVE: Administrativo. Banca. Nulidade. Sindicabilidade. Revisão. Notas. Concurso. Público.

ABSTRACT: The present work provides a parameter for the judicial action, inside the limits attributed to itself by the Judicial Branch, in the resolution of cases in which the object of the request conveys the review of the administrative acts of correction of public contest exams carried out by the Examining boards.
The main challenge focused on the search of a due solution, one that meets the principles of the separation of the branches, of the immovableness of the jurisdiction, of the legality, of the publicity and of the reasonableness.
The study analyzed precedents of the Federal Supreme Court, since this is the organ responsible for the definitive constitutional interpretation.

In the observation of the dynamics carried out by the Judicial Branch to the solution of concrete problems, an apparently unsurmountable impasse emerged: the impossibility of the Judiciary to replace the contest examining board which gives marks to the candidates versus the duty of revising the act of correcting the questions.
The modern administrative doctrine guarantees the understanding of the possibility of syndicability of the administrative acts, without, however, clearly presenting the way of making it operational. In this opportunity, it is proposed, as a manner of equalization of the reflected interests, as well as adapting the case to the principles examined, the employment of experts as Judge Assistants, with the purpose of in the direction of ensuring the maintenance of the impartiality of the magistrate.
This progress, product of the systematized analysis of the jurisprudence of the Highest Tribunal, provides the many judged cases of repeating instances with coherence, granting them with a higher degree of security.
KEYWORD: Administrative. Contest. Nullity. Syndicability. Revising. Marks. Public. Boards.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a fornecer parâmetros para a atuação judicial de forma mais segura, apurada após a investigação dos limites atribuídos a si pelo Poder Judiciário na resolução dos casos concretos que tenham como objeto o pedido de revisão dos atos administrativos de correção de provas de concursos públicos realizados pelas Bancas Examinadoras.

O principal desafio localiza-se na busca de uma solução que seja ao mesmo tempo justa, garantidora da necessária efetividade para o jurisdicionado, que não conflite e atenda aos princípios da separação de poderes, da inafastabilidade da jurisdição, da legalidade, da publicidade e da razoabilidade.

O estudo se centrou na análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal – STF, pois, sendo este órgão o responsável pela interpretação constitucional definitiva, e tendo em vista que os vários fundamentos debatidos nas lides têm como âncora Princípios Constitucionais, resolveu-se focar o objeto de estudo numa representativa amostragem de acórdãos e decisões do referido tribunal.

Na observação da dinâmica realizada pelo Poder Judiciário para solução dos problemas concretos, surgiu impasse intransponível,

conforme assentado pela Jurisprudência consolidada, a saber, a impossibilidade do Poder Judiciário substituir a banca de concurso para dar notas a candidatos e revisar questões.

A análise da moderna doutrina administrativista viabiliza o entendimento no sentido da possibilidade de sindicabilidade dos atos administrativos, sem, entretanto, apresentar de modo claro a maneira de operacionalização do mesmo. Nesta oportunidade, propõe-se, como forma de equalização dos interesses refletidos, bem como adequando o caso aos princípios examinados, a utilização de peritos como auxiliares do Juiz, no sentido de garantir a manutenção da imparcialidade do magistrado.

Essa evolução, produto da análise sistematizada da jurisprudência do Pretório Excelso, pretende fornecer coerência aos diversos julgados das instâncias repetidoras, conferindo-lhes maior grau de segurança.

1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

A problemática proposta a exame pode ser delimitada pela seguinte situação concreta: um candidato disputa vaga em concurso público para ingresso em cargo efetivo, após lograr aprovação na fase objetiva do concurso é reprovado na etapa seguinte, fase subjetiva. Irresignado, resolve questionar a validade do ato de correção da sua prova subjetiva, exigindo, em recurso administrativo, a majoração de suas notas, tendo a banca do concurso negado o pleito, mantendo sua correção. Neste caso, cabe indagação sobre dois pontos: (a) é possível ao candidato socorrer-se do Poder Judiciário para ver sua pretensão atendida? e (b) uma vez possível, de que modo poderá se dar essa atuação judicial?

Em regra, as argumentações utilizadas para a impugnação das correções das Bancas são desenvolvidas com base nos seguintes fatos:

a) vinculação da Banca ao edital, nas hipóteses de formulação de questões não abrangidas pelo programa do concurso veiculado no edital;

b) falta de motivação na atribuição das notas, ocorre quando a Banca não explicita os critérios adotados na correção;

c) tratamento diferenciado ou discriminatório aos candidatos, comum em situações de identificação da prova de um candidato para beneficiá-lo ou prejudicá-lo (situação que bem exemplifica pode ocorrer quando, na capa da prova de

segunda fase do candidato ajuizou mandado de segurança para poder participar desta fase, por ter sido reprovado na primeira fase, é marcada com as inicias "MS");

d) má-vontade do examinador para ler a grafia do candidato;

e) aplicação de critérios de correção diferenciados, aleatoriamente: para um grupo critério mais rigoroso, para outro grupo critério mais benevolente, dentre outros.

É importante frisar que, na prática, exceto a hipótese de impugnação do ato de correção das provas por meio de Recurso Administrativo, inexiste meio efetivo a ser manuseado para que os candidatos possam bloquear o arbítrio das Bancas Examinadoras que, muitas vezes, é externado por meio da elaboração de questões insolúveis ou dúbias, com correções teratológicas ou que se vinculam a *única corrente doutrinária.*

Em casos como o apresentado, em que os critérios de correção utilizados pelos examinadores e o próprio ato de correção são questionados, não resta aos candidatos preteridos outra solução, senão, buscar socorrer-se do Poder Judiciário no escopo de verem seus direitos restabelecidos, fazendo cessar os efeitos do ato arbitrário da Banca.

Verifica-se, na esmagadora maioria dos casos, que o Poder Judiciário, nas instâncias ordinária e Especial (Superior Tribunal de Justiça – STJ), tem negado provimento às demandas com este objeto sob o pálio da necessidade de preservação da separação de poderes, tendo como conseqüência a impossibilidade de substituição dos critérios da banca examinadora.

É possível observar que as decisões dos órgãos inferiores restam, quase sempre, contaminadas pelo lugar-comum da reprodução automática da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, isto porque a fundamentação desenvolvida nas lides encontra-se ancorada em princípios constitucionais, o que remete ao órgão responsável por dar última palavra em interpretação constitucional. Efeito colateral indesejável é entrega de sentenças com fundamentação incongruente com os fatos apresentados pelas partes.

Portanto, para se conseguir responder objetivamente às indagações formuladas, necessário se faz identificar o conteúdo das decisões do STF, relativas ao reexame de questões de provas de concursos públicos pelo Poder Judiciário, para, a partir daí, procurar estabelecer um pensamento sistêmico sobre o tema.

2 APRESENTAÇÃO DAS TESES DA JURISPRUDÊNCIA E DAS SÚMULAS DO STF

Realizando-se uma perfunctória análise das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF que discorrem sobre o tema, infere-se que elas carecem de uma abordagem mais sistêmica no sentido de dar coerência e organicidade ao pensamento da Corte Constitucional – que tem como função fixar a interpretação da lei maior – vez que suas fundamentações transitam ora entre a mera casuística e ora entre a afirmação genérica da impossibilidade do Poder Judiciário substituir a banca examinadora.

Veja-se a seguir a síntese das decisões do STF com a exposição dos diversos argumentos:

1) É impossível a avaliação de critérios de correção de provas e atribuição de notas pelo Poder Judiciário;

2) Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas;

3) Não compete ao Poder Judiciário examinar o conteúdo das questões formuladas para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso, aferir, a seu critério, a compatibilidade, ou não, deles, para anular as formulações que não lhe parecerem corretas em face desse exame;

4) É possível ao Acórdão que, analisando o conjunto probatório dos autos, corrigir o erro aritmético manifesto no somatório de pontos de candidato;

5) Longe fica de contrariar o disposto no artigo 2º da Carta Política da República provimento judicial que, a partir da premissa sobre a má vontade da banca examinadora na correção de prova manuscrita, considerada a caligrafia do candidato, assenta a improcedência dos erros apontados;

6) Não cabe ao Poder Judiciário substituir-se a Banca Examinadora para decidir se a resposta dada a uma questão foi, ou não, correta; ou se determinada questão teria, ou não, mais de uma resposta dentre as oferecidas a escolha do candidato;

7) Os critérios dos examinadores de concursos, desde que não discriminem nem se afastem das disposições legais e regulamentares, não são susceptíveis de revisão judicial por meio de mandado de segurança;

8) É admissível o controle jurisdicional quando não se cuida de aferir a correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital – nele incluído o programa – é a lei do concurso (RE-AgR 526600/SP; RE 434.708, 21.6.2005, Pertence, DJ 09.09.2005). Cabe ressaltar que o entendimento anterior do STF esposava tese contrária, tal:

> Concurso Público e Exame de Prova: Não cabe ao Poder Judiciário, em matéria de concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e avaliação de questões, mas apenas verificar a ocorrência de ilegalidade no procedimento administrativo. Com esse entendimento, a Turma não conheceu de recurso extraordinário em que se pretendia a anulação de questões de prova, cujo conteúdo não estaria compreendido no programa do concurso. Precedentes citados: MS 21.176-DF (RTJ 137/194) e RE 140.242-DF (DJU de 21.11.97). RE 268.244-CE, Rel.min. Moreira Alves, 9.5.2000. (RE-268244).

9) Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas, examinar o conteúdo das questões formuladas para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso, aferir, a seu critério, a compatibilidade, ou não, deles, para anular as formulações que não lhe parecerem corretas em face desse exame;

10) Não cabe ao Judiciário, no controle jurisdicional do ato administrativo, valorizar o conteúdo das opções adotadas pela banca examinadora, substituindo-se a esta, mas verificar se ocorreu ilegalidade no procedimento administrativo, apenas, dado que, se as opções adotadas pela banca foram exigidas de todos os candidatos, todos foram tratados igualmente;

11) Súmula 684: "é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público";

12) Súmula 346: "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos" e Súmula 471: "A administração pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial";

13) Súmula 6: "A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário".

Resumidamente, pode-se dizer que, segundo casuística acima colacionada, o Poder Judiciário:

a) *Não pode*: i) avaliar os critérios de correção para atribuir notas ao candidato; ii) examinar o conteúdo das questões formuladas para verificar a correspondência com o programa do edital, com fito de anular as formulações não incluídas neste; iii) analisar a questão para saber da ocorrência de mais de uma resposta correta; iv) realizar a revisão judicial dos critérios dos examinadores, desde que não discriminem nem se afastem das disposições legais ou regulamentares; v) valorar o conteúdo das opções adotadas pela banca examinadora, se todos os candidatos foram tratados com igualdade; e vi) vetar de modo imotivado a participação de candidato em concurso público.

b) *Pode*: i) realizar o controle da legalidade do ato; ii) corrigir erro aritmético manifesto, no somatório de pontos do candidato; iii) atribuir pontos ao candidato, quando verificada a má vontade da banca examinadora na correção da prova; e iv) exercer o controle judicial para verificação da relação de continência entre as questões formuladas e o programa do certame; v) à administração pública é facultada a prerrogativa de rever seus atos, quando eivados de vícios; vi) o Poder Judiciário pode rever a anulação e a revogação dos atos do Tribunal de Contas (Legislativo) e do Poder Executivo.

Preliminarmente, convém ressaltar que o termo "Poder Judiciário" ou somente "Judiciário" é utilizado em, pelo menos, duas acepções específicas nas decisões do STF, ora possui a carga semântica de Poder Judiciário, querendo representar realmente aquele ramo da divisão do Poder Estatal; ora significa Juiz ou Magistrado.

É preciso separar o Poder Judiciário do seu órgão (juiz), pois como se pode perceber o Poder Judiciário poderá determinar a revisão dos atos administrativos, inclusive substituindo a Banca do Concurso; já ao Juiz é vedado substituir a Banca Examinadora para refazer correções de notas de candidatos utilizando seu conhecimento privado, sob pena de perder sua imparcialidade. Entretanto, quando um juiz determina uma perícia técnica e a valida em sua sentença, é o Poder Judiciário, integrado por meio de seus auxiliares, quem garante a vedação ao arbítrio da Banca de Concurso.

Como se pode perceber, torna-se imperiosa a busca de uma linha de coerência entre esses julgados a fim de estabelecer uma atuação segura para o magistrado, evitando o risco de esbarrar nos proibitivos que se apresentam de modo fragmentário.

3 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS E FUNDAMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA.

3.1 A DOUTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES:

Argumento recorrentemente utilizado nas decisões do STF analisadas diz respeito ao Princípio Constitucional da Separação de Poderes, no sentido de que o Poder Judiciário não pode realizar a revisão de tais atos, sob pena de adentrar, indevidamente, no âmbito de competência exclusiva do Poder Executivo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou o Princípio da Separação de Poderes, inserindo-o no seu art. 2º, com a devida observância da harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A confusão na aplicação do Princípio da Separação de Poderes não é exclusividade da doutrina e jurisprudência nacionais. Em países como a França, Inglaterra e EUA muitos efeitos incompatíveis entre si se têm atribuído ao princípio da separação de poderes ao longo dos seus dois séculos de existência constitucional, tudo por conta das múltiplas acepções que foi tomando.

Dentro de uma lógica *Garantista*, que nos interessa neste estudo, o princípio em tela pretende que nenhum dos órgãos estatais chegue a controlar, por si só, a totalidade do poder do Estado, bem como que a

entrega de cada uma das frações em que o poder político seja dividido sirva de freio e contrapeso simultaneamente, evitando a concentração e o abuso de poder. É importante ressaltar que a distinção entre as funções legislativa, executiva e judicial não surgiu, na sua origem, marcada pela pretensão de compreender e descrever exaustivamente as funções de Estado, mas com o intuito claramente prescritivo e garantístico: a separação orgânico-pessoal é um imperativo da liberdade e da segurança individuais.

A "*separation of powers*", nascida na Inglaterra do Século XVII como um pré-requisito da "*rule of law*", foi resultado do sistema jurídico-político de então, no qual a legislação era uma atividade excepcional de natureza muito específica, sendo que até a Idade Moderna a lei era declarada, clarificada, explicitada e não produto da elaboração intelectual do legislador, pois a atividade legislativa (jurisdicional) fazia parte do processo judicial, a quem cabia dar concretude aos termos abstratos das regras legais.

É relevante ressaltar, com apoio em Nuno Piçarra, que o princípio da *separação de poderes* foi utilizado na Inglaterra, inicialmente, para evitar os abusos do Poder Legislativo (mais precisamente do Parlamento Longo), no sentido de limitar aquele órgão à função legislativa, retirando-lhe qualquer competência de natureza jurisdicional.

Na visão de um dos grandes pensadores da época, John Locke:

> [...] seria provocar uma tentação demasiada forte para a fragilidade humana, sujeita à ambição, confiar aos que já têm o poder de fazer as leis o poder de as executar. Ficariam, então, em condições de se dispensarem de obedecer às leis que fazem e em condições de redigi-las e aplica-las em função dos seus interesses[1].

Para Locke, a doutrina da separação de poderes pressupunha a definitiva autonomia material da função legislativa, relativamente à função executiva, visando assegurar a supremacia da lei, que neste contexto representa a expressão primacial da vontade popular manifestada por uma assembléia de representantes eleitos.

Na doutrina da balança dos poderes, que vigia na Inglaterra num segundo momento da sua história, o Parlamento não executava mais as leis ao interpretá-las, mas exercia o controle da função executiva por meio do *impeachment*; e o Rei já não participa da feitura das leis, mas controlava sua eficácia por meio do veto (*negative voice*). A rigor, nem

1 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo.* Coleção Obra Prima. São Paulo: Martin Claret, 2008, *apud* PIÇARRA, Nuno. *A Separação de poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra. 1989. p. 71.

o *impeachment* nem o veto têm natureza legislativa ou executiva, antes materializam um poder de controle recíproco.

Montesquieu, após longo estudo da realidade e dos autores ingleses, apresentou sua contribuição na obra "Do espírito das Leis", no sentido da integração, dentro da mesma doutrina, entre a separação de poderes legislativo e executivo, subdividindo este em executivo (governança) e judiciário, pois entendia que, na prática, havia pouca probabilidade de os autores das leis atuarem sempre de acordo com elas, aplicando-as imparcialmente aos casos concretos, por isso estabeleceu a separação de poderes como uma *conditio sine qua non* à aplicação da *rule of law* ou princípio da legalidade, visando garantir a supremacia da lei, mediante o exercício de acordo com ela (não arbitrário) da função executiva e judicial.

Nas palavras de Montesquieu:

> Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos [2].

Assim, imperioso ter-se em mente o que Montesquieu entende por:

> [...] Poder legislativo traduz-se no poder de fazer leis, por um certo tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-rogar as que estão feitas. O Poder executivo das coisas que dependem do direito internacional ou, simplesmente, o poder executivo do Estado é o de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões. O poder de julgar ou o poder executivo das coisas que dependem do direito civil é o poder de punir os crimes e julgar os litígios entre os particulares" [3].

Importante lembrar que, no século XVIII, constitucionalistas ingleses, notadamente Trenchard e Bolingbroke, reformularam a doutrina da separação de poderes de tal modo que a disjunção entre a função legislativa e a função executiva passou a ter fundamentalmente como objetivo possibilitar que os órgãos que respectivamente as exercem tivessem a suficiente independência, derivada dessa separação,

2 MONTESQUIEU. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Difusão Européia do livro. 1962. vol. 1. p. 181.

3 MONTESQUIEU, op. cit., p. 91.

para poderem reciprocamente limitar, sem se pretender que apenas um legisle e ou outro somente execute.

Como se pode inferir, o princípio da separação de poderes teve por inspiração a tentativa de coibir abusos de pessoas ou de grupo de pessoas que compusessem os principais Órgãos estatais. Tal princípio serve, com as temperanças modernas, para refutar quaisquer interferências indevidas de uma função estatal em outra.

Conforme se viu linhas atrás, um dos alicerces das decisões do STF para se eximir da inconveniente, embora necessária, invasão do mérito do ato administrativo nas causas que julga é o de que não cabe ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para atribuir nota aos candidatos sob pena de ofensa ao Princípio da Separação de Poderes.

Talvez por vislumbrar situações como essas, autores do porte de Oskar Kägi[4] tenham sido levados a afirmar que Montesquieu pertence ao rol dos autores mais citados e menos lidos.

Os antecedentes históricos dessa tibieza Jurisdicional parecem decorrer da reação neoliberal ao Estado-Providência, a qual se preocupava com estruturação de formas de auto-limitação da atuação do Estatal, reduzindo a atenção ao atendimento das funções sociais da população. Por isso a insistência no discurso da separação de poderes, no seu aspecto nitidamente constritor, pois como se sabe o Liberalismo pretendia, com a separação estanque de poderes, a *paralisia estatal*, tendo cada poder a função de frear os abusos dos outros, evitando movimentos tendentes a alterarem o equilíbrio da sociedade.

Pedimos vênia para transcrever breve trecho de Germana de Oliveira Moraes, que bem explica esta dinâmica:

> A superação do Estado Liberal, como advento do Estado Social, alterou as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, pois este passou a ter uma postura mais ativa, na feição do estado prestacional de serviços públicos, em contraprestação ao Estado absenteísta do liberalismo. A assunção pelo Estado de novos encargos passou a justificar o aumento da competência normativa e a ampliação da área de autonomia do Poder Executivo, a quem a lei conferiu, *ipso facto*, maior grau de discricionariedade ou de liberdade de atuação.
>
> O uso abusivo da ampliação da área de autonomia do Poder Executivo no Estado Social e o desrespeito aos direitos fundamentais ensejaram, de um lado, a necessidade de sujeitar os membros do

4 Kägi. Oskar Werner. *Zur Entstenhung, Waldlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzipies*, Zurique: 1937. p. 45, a*pud*. Ibidem. PIÇARRA. p. 90. p. 45.

> Poder Legislativo à Constituição, e de outra parte, ocasionaram uma reação do Poder Judiciário contra os excessos e abusos dos administradores e dos feitores das leis [5].

Com escora no raciocínio consagrado no STF, a correção de questões, bem como a elaboração das provas, excluíram-se dentro do que se convencionou chamar de objeto insindicável, constituindo-se em fosso intransponível pelo poder judiciário, mesmo que albergue iniqüidades.

Entretanto, tal construção jamais poderia ser tida como uma inferência autorizada do princípio da separação de poderes, pois é inconcebível que possa servir de base para tolerância à subtração de direitos fundamentais, tendo em vista a clássica associação entre direitos fundamentais e separação de poderes, conforme estabelecida no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que diz: "direitos fundamentais e separação dos poderes são condições *sine qua non* para a existência de uma constituição".

Explicando melhor, na dicção de Nuno Piçarra, o resguardo aos direitos fundamentais é a função principal da separação de poderes:

> [...] controlar-se-ão reciprocamente, de modo a que nenhum possa, por si só, alterar ou subverter o quadro das competências em que se integram, o que constituiria o primeiro passo para a supressão ou, pelo menos, para a conversão dos direitos fundamentais em meras tolerâncias ou, ainda, 'a separação de poderes é um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são do meras declarações de intenções' [6].

3.2 O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

A doutrina tradicional divide o controle dos atos administrativos em dois pólos estanques e mutuamente excludentes, consistindo o primeiro na verificação da legalidade; o segundo, no exame do mérito do ato. Naquele a atuação judicial se faz de forma ampla no sentido de perquerir compatibilidades com princípios ou regras legais e constitucionais. Neste, rechaça-se a apreciação judicial como um dogma. Esta última posição, diga-se, vem perdendo sustentação por força de novos argumentos no sentido de considerar irrazoável a distinção ontológica concebida entre o controle da legalidade e o do mérito,

---

5 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética. 1999. p. 21-22.

6 MORAES, op. cit., p. 191-196.

pois a aferição da correção do ato administrativo à luz dos princípios constitucionais, apesar de reduzir a esfera do mérito, não é capaz de eliminá-lo no que diz respeito aos seus elementos técnicos[7].

O estudo dos antecedentes históricos deste *objeto insindicável* ou mérito administrativo serve para demonstrar que o limite da intervenção judicial encontrar-se adstrito às hipóteses de lesão aos direitos fundamentais[8], sendo que, a mera ameaça aos tais direitos, igualmente autoriza a interferência de um Poder sobre a atividade do outro.

Parece plausível localizar o gérmen da doutrina da discricionariedade e do mérito administrativo no pensamento de Georg Jellinek quando defende a legitimidade de atos políticos como uma zona fora do alcance da atividade jurídica, pois, no seu entender: "o Estado com um governo que agisse apenas segundo leis prévias seria um absurdo político" [9].

Assim, a função política extrapolava o esquema da tripartição jurídico-funcional da separação dos poderes devendo-se considerá-la como uma função juridicamente livre. Como conseqüência, ficava fora do âmbito da análise jurídica e da teoria (jurídica) do Estado, caracterizando-se por ser uma função juridicamente livre, incondicionada e autônoma, de orientação e de direção da sociedade política em geral, responsável pela determinação do interesse público, pela interpretação dos fins do Estado, pela fixação das suas tarefas e pela escolha dos meios materiais, técnicos e organizatórios adequados para realizá-las e, ainda, pela manutenção e pelo desenvolvimento da ordem jurídica estatal[10].

Atualizando esse pensamento, temos que a essência da discricionariedade moderna reside na liberdade do governante para escolher – mediante a ponderação comparativa de interesses, sempre

7 MORAES, op. cit. p. 104: "Tradicionalmente, o controle dos atos administrativos biparte-se em pólos estanques e mutuamente excludentes de legalidade e mérito, excluindo-se da apreciação do Juiz o reexame do mérito doa to administrativo, reservado, de modo geral à própria Administração. [§] Hoje em dia, não mais faz sentido a antítese entre controle de legalidade e de mérito, pois o Direito fornece outros parâmetros de aferição da correção do ato administrativo, além da legalidade estrita, a saber, aqueles extraíveis dos princípios, o que reduziu a esfera do mérito, sem no entanto eliminá-lo, porque as considerações de ordem extrajurídicas permanecem imunes à revisão judicial".

8 MORAES, Germana. Op. cit., p. 196 e 191: "O que se pretende, no Estado de Direito, é evitar que as condutas dos agentes públicos, sejam do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, causem lesão ou ameaça a direito. Nesta hipótese, sim, autoriza-se a interferência de um poder sobre a atuação do outro. Como afirma Castro Nunes 'a discrição cessa onde começa o direito individual, posto em equação legal'".

9 JELLINEK, op. cit., p. 177.

10 *Apud*. PIÇARRA, Nuno. p. 251; cfr. MAYER, Otto. op. cit. p. 4.

subsumíveis à Constituição –, com o desiderato de realizar o interesse público geral, o complemento da norma aberta, dentro do poder de decisão e atuação que é conferido ao Executivo por meio da lei e nos limites que autoriza.

Antes de seguir a diante, torna-se imprescindível o correto entendimento dos conceitos de mérito administrativo e discricionariedade para, somente após, poder-se investigar suas correlações com os princípios da legalidade, da inafastabilidade da jurisdição, publicidade e razoabilidade.

Segundo Hely Lopes Meirelles o mérito do ato administrativo pode ser assim definido:

> O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que 'o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária [11].

Portanto, considera-se mérito administrativo a valoração da conveniência e oportunidade relativas ao objeto e ao motivo do ato, presente apenas no ato discricionário, no qual a lei permite, como visto antes, ao agente público proceder a uma ponderação de condutas (motivo e objeto).

Diogo Figueiredo Moreira Neto acrescenta que o mérito do ato pressupõe o uso correto da discricionariedade, consistente na regular integração administrativa e, em havendo extrapolação dos limites da legalidade, o mérito desaparece, pois, o ato deixa de ser discricionário transmudando-se em arbitrário.[12]

Neste particular, adota-se posição de encontro à de Germana Moraes[13] no sentido de considerar a discricionariedade administrativa

---

11 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 88.

12 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 132.

13 Ibid., p. 42-43: "O mérito do ato administrativo costuma ser relacionado, por força da influência da doutrina italiana, com as regras de boa administração e apresenta-se como "a valoração do fato, resumida ao binômio oportunidade-conveniência", isto é, como "a ponderação pessoal da autoridade administrativa sobre determinados fatos", traduzível em juízos de valor de oportunidade de conveniência, "que compreendem os aspectos nem sempre de fácil percepção atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc. de cada procedimento administrativo". [§] O mérito pressupõe o exercício da discricionariedade, sem, no entanto, com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo, por

como regra de boa administração e como atividade de ponderação dos conceitos de conveniência e oportunidade; enquanto o mérito seria o produto do juízo de valor realizado com base na discricionariedade ou resultado do exercício desta.

3.3 DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Como dito alhures, a lei não tem como especificar todas as condutas possíveis de serem adotadas pelo administrador diante de um caso concreto, daí a necessidade de atos discricionários. Entretanto, o Estado Democrático de Direito deixa claro que a partir do instante em que a opção feita pelo administrador se exteriorizar, ela passará a carecer, inevitavelmente, de adequação com a constituição[14].

É importante apenas destacar neste tópico, parafraseando Diogo Figueiredo, o conceito de discricionariedade como um resquício *diferido* de *legalidade*[15], necessário para integrar a definição de elementos essenciais à sua execução, possuindo um interesse público específico. O motivo da substituição do termo *legitimidade* (presente na versão original) por *legalidade* consiste em dar ênfase à integração homogênea do ato, no sentido de destacar que a discricionariedade é uma pequena parte de um sistema de legalidade maior que foi diferida para completar-se-á no futuro e, por isso, ambas têm substância idêntica. Em conseqüência, os motivos do ato discricionário não podem dela (legalidade) se afastar sob pena de desnaturação.

4 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Após vista a diferenciação entre discricionariedade e mérito, convém verificar como se aplicam os princípios constitucionais relativos ao tema do controle jurisdicional dos atos administrativos.

---

ser a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível, quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, que de fiscalização pelo Poder Judiciário".

14 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 205: "Em outras palavras, o regimento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador".

15 *Apud*. MORAES, Germana. p. 52: " [...] resquício de *legitimidade* necessário para integrar a definição de elementos essenciais à sua execução, diretamente referido a um interesse público específico".

4.1 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Nesta oportunidade, merece atenção o princípio da legalidade tendo em vista tratar-se da mais importante baliza para a efetivação do controle judicial dos atos administrativos[16], utilizado com fim de garantir os direitos fundamentais e individuais, primando para que os atos administrativos, não só, obedeçam às leis, como também, quaisquer que sejam, submetam-se à constituição e a seus princípios.

A relevância do princípio da legalidade impõe a afirmação do controle jurisdicional dos atos administrativos, o que leva ao ponto de alguns autores, dentre eles Celso Antonio Bandeira de Mello, a considerar o controle jurisdicional dos atos administrativos um princípio impostergável à idéia de Estado de Direito, pois de nada valeria a sujeição da administração à constituição e às leis se não fosse possível a atuação de um órgão independente e imparcial para aferir sua necessária correspondência[17].

Saliente-se que, hodiernamente, é inegável a força normativa dos princípios constitucionais, quer implícitos quer explícitos, no cumprimento de três funções relevantíssimas dentro do ordenamento, conforme preceitua Paulo Bonavides[18]: a) fundamentar a ordem

16 Para Maria Sylvia Di Pietro o controle dos atos da Administração é indissociável da baliza da legalidade, no sentido de garantir os direitos fundamentais. Ob. cit. p. 67: "Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites de atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em beneficio da coletividade".

17 MELLO. Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p.76: "Trata-se, é bem de ver, de exigência impostergável à idéia de Estado de Direito. Com efeito, de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da administração à constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contrastar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos e as reparações patrimoniais cabíveis".

18 Os princípios que informam a Administração pública, devem ser considerados, não como fonte subsidiária do direito, mas na verdade, como fonte primária de normatividade. Segundo Paulo Bonavides, os princípios preenchem três funções. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. 5.* ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 1994. p. 254 e 255: "Preenchem eles três funções de extrema importância, reconhecidas precursoramente pelo jurista espanhol F. de Castro, que, 'antecipando-se genialmente à Dogmática alemã', conforme assinalou Valdés, assim as compendiou: a função de ser 'fundamento da ordem jurídica', com 'eficácia derrogatória e diretiva', sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo; a seguir, a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a de 'fonte em caso de insuficiência da lei e do costume', sendo a Segunda e a terceira as mais antigas e tradicionais, sobretudo a última, que em grande parte remonta àquela época em que ainda preponderava, segundo palavras de Norberto Bobbio, o entendimento – naturalmente equivocado – de que os princípios não são normas nem, tampouco, redutíveis a normas, e 'portanto uma entidade qualitativamente diversas das normas (gerais e especiais)'".

jurídica, com eficácia derrogatória e diretiva; b) orientação do trabalho interpretativo; e c) fonte do Direito nos casos de insuficiência da lei e do costume.

Retornando ao princípio da legalidade, pode-se dizer que este possui duas acepções contratantes, que assumem características específicas de acordo com a qualidade do destinatário da norma. A primeira, denomina-se subprincípio da estrita legalidade: significa que a administração somente poderá fazer algo que esteja devidamente autorizada por permissivo legal, ou seja, só faz o que a lei manda, conforme o que dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição. Encontra-se adstrito à manutenção e exercício das garantias da liberdade individuais, ou como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello:

> O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção, esta, que, conforme, foi visto, informa o caráter da relação e administração. No Brasil, o art. 5º, inciso II, da Constituição dispõe: 'Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei' [19].

A segunda nuança é o subprincípio da legalidade *stricto sensu* enunciado no inciso II do art. 5º da Constituição, significando que ao particular é livre fazer tudo que a lei não proíba, estando umbilicalmente ligando aos princípios da impessoalidade e isonomia. Cite-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, *verbis*:

> Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de toas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral [20].

No caso em tela, tomando em conta o princípio da legalidade, que serve à função administrativa, na qual o agente é um executor do

19 Ibid., p. 66.

20 Ibid. p.71.

direito, temos que os atos administrativos devem obedecer às normas legais e constitucionais – dentre as quais, inclusive, o direito à ampla defesa, materializado no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal – sob pena de declaração de nulidade e correção do ato administrativo por parte do Poder Judiciário.

4.2 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O princípio da inafastabilidade da jurisdição assumiu gigantesca proporção após a Segunda Guerra Mundial e galgou a estatura de Direito Fundamental em várias constituições européias. No Brasil, o princípio da inafastabilidade da jurisdição encontra-se descrito no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, em que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Com apoio em Nelson Nery Júnior identifica-se que, embora o destinatário principal da norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o parlamento nem ninguém impedir o jurisdicionado de recorrer ao Poder Judiciário para deduzir sua pretensão com fito de obter pronunciamento favorável a si, mesmo que seja contra o próprio Estado[21].

A certeza dos cidadãos de que o Estado-juiz não se furtará, à sua conveniência, a examinar os conflitos particulares postos a pronunciamento garante estabilidade e segurança à sociedade, cabendo ressaltar que um dos fundamentos históricos do princípio da inafastabilidade da jurisdição consiste exatamente na contrapartida estatal à vedação à realização da Justiça de forma privada ou pelas próprias mãos[22].

Para Germana de Oliveira Moraes[23] a importância do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional consiste justamente em servir de fundamento para o controle judicial dos atos administrativos, viabilizado

21 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996. p. 93.

22 TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio. *A sentença no Processo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr. 1996. p. 36-37: "O princípio da inafastabilidade da jurisdição possui profundas raízes históricas e representa uma espécie de contrapartida estatal ao veto à realização, pelos indivíduos, de justiça por mãos próprias (exercício arbitrário das próprias razões, na peculiar dicção do Código Penal – art. 345); mais do que isso, ela é uma pilastra de sustentação do Estado de Direito".

23 Ibid. p. 101: "O princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional constitui o fundamento da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos exteriorizados em função da atividade administrativa não vinculada, no Direito brasileiro, enquanto o princípio da publicidade, com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle".

com sua associação ao princípio da publicidade, entendido, no caso, como a obrigatoriedade de fundamentação das decisões administrativas.

O controle dos atos administrativos realizado por meio da atuação judicial também é, de certa maneira, decorrência do princípio da legalidade, pois ele oferece parâmetros de atuação para o administrador, autorizando o judiciário extirpar condutas que excedam os contornos legais.

Realmente, o princípio da inafastabilidade da jurisdição garante ao cidadão a faculdade de submeter ao judiciário qualquer lesão ou ameaça a direitos, não havendo como impedir a apreciação judicial de um ato emanado do Poder Executivo, não podendo, nem mesmo o Poder Legislativo, subtrair essa atuação.

Admite-se a intromissão do Poder Judiciário no âmbito das atribuições administrativas mesmo que o exame do ato comporte análise técnica complexa, pois, nestes casos, o juiz sempre pode se servir de auxiliares como os peritos. O princípio da separação de poderes também serve para reforçar essa idéia, pois como se viu, este busca evitar o aviltamento dos direitos fundamentais por parte do Estado.

4.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A publicidade é tida modernamente como uma exigência para a manutenção do Estado de Democrático de Direito, pois, uma vez que as decisões da Administração Pública têm o poder de influenciar a vida de todos os cidadãos, devem, portanto, sujeitarem-se à possibilidade de inspeção pública de suas razões e fundamentos, sob pena de enfraquecimento da eficácia social[24].

No caso sob exame, o princípio da publicidade surge como a necessidade de fundamentação e de publicização, ativa e passiva, dos atos administrativos de forma a possibilitar impugnação dos eventuais vícios.

Na hipótese, o dever de extensão do princípio da publicidade vai além da necessidade de publicação do resultado dos certames, exigindo-se a publicidade de todos os atos, para favorecer o controle de compatibilidade do ato com outros princípios que regem a administração pública. Em muitos casos, a Administração, ao indeferir o acesso às razões de julgamento dos recursos administrativos, procura impedir o controle da legalidade das decisões proferidas, bem como o direito de defesa dos candidatos concorrentes, restringindo ilegitimamente

24 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p.16.

a transparência dos atos administrativos em franca desobediência à constituição.

4.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE

Convém tratar, nesta oportunidade, do princípio da proporcionalidade, uma vez que a solução pretendida para o caso apresentado deve atender ao que se convencionou chamar de tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade[25], da qual são requisitos: (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meios menos gravosos para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.

Com muita propriedade, Willis Santiago Guerra Filho[26], compendia dizendo que uma medida é adequada se atinge ao fim almejado; exigível, por causar menor prejuízo e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.

Com a aplicação do princípio da razoabilidade, pode-se examinar se o ato praticado no exercício do poder revela-se adequado, exigível ou se há desproporção entre os benefícios objetivados e a lesão a outro direito. Verificada a ocorrência da prática de excessos, o ato reveste-se de inconstitucionalidade e assim há de ser expungido, porque, no dizer de G. Jellinek, "não se abatem pardais com canhões!".

O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade é de obediência obrigatória pela Banca de concurso no sentido de que as questões que formular devem guardar proporcionalidade com o grau de dificuldade da seleção de candidatos que se pretendam admitir no serviço público, bem como, que a correção das provas deve ser permeada de razoabilidade, pois, por exemplo, seria irrazoável exigir-se de um candidato a concurso para cargo jurídico que respondesse uma questão conforme doutrina contemplada, exclusivamente, em obra alemã não

25 BARROSO. Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 219-20: "a doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meios menos gravosos para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão".

26 BARROSO, op. cit.

traduzida, rechaçando, a correção da Banca, a literatura nacional sobre temas correlatos.

Veja-se que, no exemplo dado, a independência (mérito ou liberdade de cátedra) da Banca resta plenamente preservada, pois, o Poder Judiciário jamais poderá interferir na elaboração das questões para dizer que determinado conteúdo não pode ser exigido; entretanto, poderá (deverá) tutelar o direito dos candidatos a uma correção que atenda ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, em que, a Banca, obrigatoriamente, analise e fundamente a nota atribuída a todos os candidatos.

Germana Moraes, em trecho exemplificativo, corrobora com o entendimento de que o Poder Judiciário, servindo-se da manifestação de especialistas ou peritos técnicos, poderá aplicar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade para evitar prejuízo aos direitos fundamentais e individuais dos candidatos e vedar abusos dos examinadores, veja-se:

> A insindicabilidade judicial da substância dos critérios, em si, de correção dos exames e da justeza das notas atribuídas, não exclui a verificação pelo Poder Judiciário da observância dos princípios constitucionais da Administração Pública. Além dos vícios de ilegalidade, como, por exemplo, quando a questão formulada na prova se afasta do conteúdo das matérias relacionadas no Regulamento do Concurso, é possível a existência de vícios de inconstitucionalidade, questionáveis em Juízo, v. g., a desatenção ao princípio da publicidade, a falta de fundamentos do ato de correção; o desacato ao princípio da igualdade, por causa da utilização, no caso concreto, de critérios diferenciados de correção para os candidatos; a preterição do princípio da razoabilidade, evidenciado pela desconsideração das respostas dos exames que deveriam ter sido levadas em conta; ou do princípio da proporcionalidade, em virtude de atribuição de nota zero, quando à evidência, a resposta, de acordo com as normas pedagógicas, seria merecedora de maior pontuação.
>
> Tome-se o exemplo do estudante universitário que, irresignado com a atribuição de pontuação zero a quesito formulado em prova de Direito, sobre assunto doutrinário controvertido, cuja resposta oferecida dissentia da opinião pessoal do professor examinador, recorreu ao Poder Judiciário, postulando o reexame do ato de correção de sua prova, anexando ao pedido pareceres de especialistas na matéria a sustentar o acerto de sua resposta. Neste caso, comprovando-se a sustentabilidade ou plausibilidade da

> solução dada ao problema, o examinador não poderá simplesmente desconsiderar por completo a resposta dada, sob pena de cometer grave atropelo à lógica e ao bom senso, malferindo o axioma da razoabilidade, além de ser-lhe vedado impor o julgamento mais severo possível, em desfavor do examinando, sob pena de contrariar o princípio da proporcionalidade [27].

As hipóteses apresentadas se amoldam ao voto do Min. Celso de Mello, que se posiciona pela amplitude de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário e pela possibilidade de corrigi-los quando nestes houver distorções, senão vejamos:

> A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law*, mais do que um simples legado histórico cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado democrático de direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o Poder. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos currículos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito constitucional, a interdição de seu exercício abusivo [28].

Solidifica a questão, da sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, o voto do Min. Sepúveda Pertence, no RE nº 125.556–PR, tendo como Relator o Min. Carlos Veloso, *in verbis*:

> Entendo que é de todo incompatível com o Estado de Direito, com o princípio constitucional da igualdade e com a universalidade da jurisdição do Poder Judiciário esta prática administrativa, tenha ele por, ou não, uma lei autorizadora: ela é, na verdade, um manto protetor à delação anônima e ao desvio de poder, que envolve obstáculo desarrazoado à regulamentação legal do direito de acesso aos cargos públicos, corolário do princípio geral da isonomia, como mostrou irrepreensivelmente o voto do eminente relator. Frustra,

27 BARROSO, op. cit., p. 170-172.

28 RTJ 131-3/1.101.

> ademais, a garantia constitucional da apreciação pelo Poder Judiciário de eventuais violações de direito. Como hoje já é cediço, essa garantia não cessa com a eventual discricionariedade do juízo recomendado à Administração, porque o Judiciário pode, ainda no controle dos atos decorrentes da competência discricionária entender ou perquerir da existência de abuso ou desvio de poder[29].

Germana de Oliveira Moraes, comentando a exegese do STF, que autoriza o exame judicial da constitucionalidade do procedimento de correção de provas, inclusive subjetivas, se filia à possibilidade de fiscalização dos vícios de inconstitucionalidade pelo Judiciário sem comprometimento do princípio da igualdade:

> A exegese do Supremo Tribunal Federal acerca da extensão do princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Lei Maior), com respeito ao chamado "direito de exames" autoriza a concluir pela possibilidade jurídica do exame judicial da constitucionalidade do procedimento de correção de provas, inclusive daquelas subjetivas. [...]
>
> Paulatinamente, O Supremo Tribunal Federal vem identificando em vários julgamentos relacionados à revisão das avaliações de provas, sobretudo daquelas aplicadas em processos seletivos de recrutamento de servidores públicos, vícios de inconstitucionalidade, cuja fiscalização judicial se faz sem o comprometimento do princípio da igualdade" [30].

É necessário aclarar, contudo, a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, em alguns acórdãos, entende pela impossibilidade da substituição da Banca pelo juiz, com o seguinte exemplo: Imagine-se que um determinado magistrado tenha que julgar uma demanda que verse sobre erro médico. Imagine-se, ainda, que o mesmo magistrado também possua graduação em medicina. Pergunta-se: será que o magistrado poderá utilizar-se de seu conhecimento particular em medicina para julgar a causa, dispensando perícia técnica realizada por outro médico para averiguar se o procedimento realizado estava ou não correto? A resposta é claramente negativa.

Ora, observe-se que a resolução da causa não versa sobre máximas de experiências, fatos notórios ou conhecimentos comuns, que podem ser conhecidos '*ex officio*' pelo magistrado; pelo contrário,

29 RD 190/152

30 Ibid. p. 170-172.

o mérito da demanda deve – necessariamente – transpor uma área de conhecimento altamente especializada. Assim, se o magistrado utilizar seu conhecimento privado em medicina para solucionar a causa, estará ele atuando como auxiliar do Juízo – perito –, ou mesmo como testemunha de uma das partes, despindo-se, necessariamente, de sua imparcialidade para atuar como um Juiz inquisidor, vetusta figura abolida com a Constituição Cidadã, que investiga e faz a prova de per si. Usando as palavras de Nelson Palaia:

> o fato conhecível não pode ser considerado fato notório, pois se o juiz procurar dele tomar conhecimento, será a verdade do próprio fato que ele irá descobrir e não sua notoriedade. Descobrindo a verdade por si, ele estará sendo testemunha da verdade, usando, assim, de seu conhecimento privado.[31].

É justamente essa hipótese – do Juiz substituir a banca e atribuir outra nota ao candidato – que a Jurisprudência remansosa dos nossos Tribunais Superiores procura evitar. Não se trata aqui apenas de preservação do mérito do ato administrativo, como equivocadamente se tem defendido.

Veja-se: o que se veda é que o Magistrado utilize seu *conhecimento privado*, mesmo que jurídico, para analisar as respostas dos candidatos e realizar nova correção, fazendo as vezes, ele magistrado, de examinador de Banca de Concurso. A diferença de situações exige bastante perspicácia do Julgador.

Na verdade, a atribuição de notas aos candidatos pelo poder judiciário depois da utilização do conhecimento técnico privado do magistrado, afeta o princípio da Imparcialidade do Juiz, o qual reza que o magistrado deverá manter-se eqüidistante da lide para preservar sua imparcialidade para decidir e, jamais, o princípio da separação de poderes conforme pacificado na jurisprudência.

A imparcialidade do julgador é pressuposto para a própria jurisdição, não havendo que se cogitar da existência de sentença sem um Poder Judiciário imparcial.

Importante perceber que o provimento judicial, para atingir sua efetividade, em casos análogos, utilizará uma técnica composta de duas fases: uma *negativa* e outra *positiva*. A fase negativa consiste em, no campo fático, investigar se o ato administrativo de correção da prova está eivado de algum vício de ilegalidade ou de inconstitucionalidade e, uma vez detectado qualquer das anomalias, *anular o ato* para que deixe de existir e produzir efeitos.

---

31 PALAIA, Nelson. *O fato notório*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 109.

Não devemos deslembrar que a natureza jurídica do concurso público é a de processo administrativo[32], submetendo-se, por isso mesmo, aos mesmos princípios e regras que informam o processo administrativo federal, mesmo que de forma subsidiária.

Num segundo passo, atuando agora positivamente, o Juiz deverá, para garantir a efetividade do provimento judicial – lembremos que o processo é sempre teleológico e a sua razão de ser é a composição da lide de modo a possibilitar sua solução no plano fenomenológico, pois de nada adiantaria anular o ato e deixar um "*vácuo*" no plano fático – agir positivamente e *substituir o ato impugnado* pelo resultado apurado em perícia técnica.

No caso posto a exame, o mérito do ato administrativo restaria incólume, pois consiste justamente na possibilidade de a Banca de Concurso eleger um conteúdo de determinado assunto, bem como utilizá-lo como critério de aferição do conhecimento do candidato.

Por isso, com as devidas vênias, entendemos que as questões dúbias ou insolúveis aplicadas pelas Bancas Examinadoras não devem ser anuladas pelo Poder Judiciário, pois não há como influir na sua elaboração, sendo atribuição dos Examinadores. Entretanto, cabe ao Estado tutelar a necessária relação de legalidade e de isonomia, na qual cada candidato deverá ser efetivamente avaliado pelo que escreveu com a utilização dos mesmos critérios. Ou seja, a Banca possui o direito de cátedra de formular as questões como bem entender, mas deverá estar pronta para avaliar as respostas dos candidatos de forma ampla, sem fidelização de uma doutrina única.

Resumindo, sob o aspecto da aplicação do princípio da publicidade, a ausência de apresentação, por parte da Banca, de razões de indeferimento de recursos administrativos, bem como, de fundamentação na análise das respostas dos candidatos, fere mortalmente a norma descrita no inciso X do art. 93 da Constituição, a qual determina a explicitação da motivação dos atos administrativos, inclusive discricionários. Neste caso, a falta de publicidade equivale à ausência de motivação, sendo passível de caracterização do veto imotivado à participação de candidato em concurso público (súmula nº 684 do STF).

Quanto à aplicação do princípio da razoabilidade, não se admite como razoável a recusa de análise de resposta apresentada conforme doutrina vigente, embora esposando posição controversa, se não houver uma bibliografia determinada pelo edital.

---

32 Lei nº 9.784/99: "Art. 2º: Administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência".

Por fim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que garante ao cidadão a possibilidade de submeter ao judiciário qualquer lesão ou ameaça aos seus direitos, não admite se cogitar da afronta à separação de poderes, pela intromissão do Poder Judiciário no âmbito de atribuições administrativas, porque a separação de poderes tem como escopo justamente evitar o aviltamento dos Direitos Fundamentais por parte do Estado.

5 CONCLUSÕES

Em conclusão, entendemos afirmativamente ao primeiro questionamento, no sentido de que é possível ao candidato socorrer-se do Poder Judiciário para ver sua pretensão de recorreção de prova atendida, desde que se confirme a existência de vícios de ilegalidade e de inconstitucionalidade que maculem direitos fundamentais ou individuais.

Respondendo ao segundo questionamento, verificada a ocorrência de vícios insanáveis o ato administrativo deve ser anulado para se fazer cessar os efeitos danosos (fase negativa da sentença) e, logo a seguir, deverá o juiz, caso necessário, utilizar perícia técnica se o exame da questão não versar sobre máximas de experiência, fatos notórios e conhecimentos comuns, para aferição do grau de aproveitamento das respostas em relação ao que foi solicitado pela Banca, evitando, assim, o emprego do conhecimento técnico privado do magistrado (manutenção da imparcialidade). Ultimados esses passos, o Poder Judiciário poderá, sem malferimento de qualquer princípio constitucional, substituir o ato da Banca examinadora para atribuir a nota apurada na perícia judicial ao candidato, restabelecendo seus direitos fundamentais e individuais (fase positiva da sentença).

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. São Paulo: Malheiros. 1994.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

MELLO. Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

MONTESQUIEU. *Do espírito das Leis.* vol. 1. São Paulo: Difusão Européia do livro. 1962.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da administração pública.* São Paulo: Dialética. 1999.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

PALAIA, Nelson. *O fato notório.* São Paulo: Saraiva. 1997.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação de poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra, 1989.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo.* 17. ed. São Paulo: Atlas. 2004.

TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio. *A sentença no Processo do Trabalho.* 2. ed. São Paulo: LTr. 1996.

A OUVIDORIA PODE COMBATER INJUSTIÇAS? LIMITES E POSSIBILIDADES DO INSTITUTO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Simone Petraglia
Advogada da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Origem do Instituto do Ombudsman. Proteção do cidadão contra os abusos da burocracia estatal; 2 Características Gerais e Contemporâneas do Ombudsman; 3 Origens da Ouvidoria no Brasil; 4 A Ouvidoria no Brasil; 4.1 Ouvidoria e Democracia Participativa; 4.2 Ombudsman e Ouvidoria; 4.3 Ouvidoria e o Ordenamento Jurídico; 4.4 Atribuições; 4.5 A Questão da Autonomia das Ouvidorias Brasileiras; 4.6 Vertente Modernizadora e Vertente Democrática; 5. A Ouvidoria-Geral da Advocacia-Geral da União; 5.1 O Trabalho da Ouvidoria-Geral da Agu; 5.2 A Ouvidoria no Projeto de Lei Orgânica da Advocacia-geral da União; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O instituto do Ombudsman surgiu no início do século XIX, na Suécia, como um instrumento democrático de defesa do cidadão contra os abusos da burocracia estatal. O Ombudsman nórdico exercia o controle externo da Administração, figurando como órgão do Poder Legislativo.
No Brasil, inspirado na figura do Ombudsman, há o recente instituto da Ouvidoria, órgão que deve representar o cidadão dentro da Administração e atuar na defesa de seus direitos.
A Constituição Federal de 1988 não consagrou a figura do Ombudsman, como fizeram os países com mais profunda experiência democrática. A maioria das ouvidorias, no Brasil, são criadas por atos infra-legais, como portarias e atos regimentais. A Ouvidoria brasileira, na configuração atual, seria um mecanismo de controle interno da Administração.
Com poucas exceções, os ouvidores brasileiros são nomeados para cargo em comissão, demissível ad nutum, pelo dirigente máximo do órgão onde ele atuará, não tendo prerrogativas que garantam sua independência e autonomia, como imunidade no exercício funcional e fixação de mandato certo. Apesar de muito prejudicadas, no desempenho de suas funções, pela falta de independência, na prática, muitas ouvidorias conseguem exercer, com eficiência e efetividade, o controle interno da Administração Pública.
PALAVRAS-CHAVE: Ombusman. Ouvidorias. Características. Controle. Administração.

ABSTRACT: The institute of the ombudsman, emerged in the early nineteenth century, in Sweden, as an instrument of democracy, in defense of the citizen against the state bureaucracy. The nordic ombusman exercised the external control of the government administration, being an organ of the legislative.
In Brazil, the recent institution of "ouvidoria" (term without appropriate translation into english), inspired by the Ombudsman, should represent the public in the government and should act to protect the rights of the citizen.
Brazil's Constitution of 1988 does not confer the ombudsman as did the countries with deeper democratic experience. Most "ouvidorias" in Brazil are created by administrative rules. The present model, "Ouvidoria" is an instrument of internal control of the government.
With few exceptions, "ouvidores" have position of free appointment and dismissal by government. They do not have privileges and functional independence as immunity and fixed mandate. The lack of independence affect the performance of "ouvidores". Despite this fact, many brazilians ombudsmen exercise internal control of the government with efficiency.
KEYWORDS: Ombudsman. Ouvidorias. Features. Control. Government. Administration.

INTRODUÇÃO

O instituto do Ombudsman surgiu no início do século XIX, na Suécia, como um instrumento democrático de defesa do cidadão contra os abusos da burocracia estatal. O Ombudsman nórdico exercia o controle externo da Administração, figurando como órgão do Poder Legislativo.

No Brasil, inspirado na figura do Ombudsman, há o recente instituto da Ouvidoria, órgão que deve representar o cidadão dentro da Administração e atuar na defesa de seus direitos. Inspirada no Ombudsman, a Ouvidoria brasileira, na configuração atual, seria um mecanismo de controle interno da Administração.

Com poucas exceções, os ouvidores brasileiros são nomeados para cargo em comissão, demissível *ad nutum*, pelo dirigente máximo do órgão onde ele atuará. Sem prerrogativas constitucionais que garantam sua independência e autonomia, como imunidade no exercício funcional e fixação de mandato certo, poderá a Ouvidoria cumprir sua função de defensora dos direitos e liberdades fundamentais, de representante do cidadão perante a Administração Pública?

A fim de enfrentar esta questão, analisar-se-á neste estudo, as características do instituto do Ombudsman clássico e como ele inspirou a criação da Ouvidoria no Brasil. Será tratada a questão das atribuições e características da Ouvidoria, apesar da heterogeneidade do instituto no País.

A Constituição Federal de 1988 não consagrou a figura do Ombudsman, como fizeram os países com mais profunda experiência democrática. A maioria das ouvidorias são criadas por atos infra-legais, como portarias e atos regimentais. Contudo, a Lei de Defesa e Proteção do Usuário do Serviço Público do Estado de São Paulo (Lei 10.294/1999) é uma evolução no processo de institucionalização legal da figura do ouvidor.

Por último, analisar-se-á a criação da Ouvidoria-Geral da Advocacia-Geral da União e como foi o órgão inserido no anteprojeto de lei orgânica.

A forma de ouvidoria implantada no Brasil vem cumprindo o que se deve esperar de uma Ouvidoria, ou seja, ser instrumento de cidadania, mecanismo de controle social da Administração Pública? Ou será essa ouvidoria, uma mera "estratégia de *marketing*"? Ou estará vocacionada a se consolidar como uma simples central de reclamações?

1 A ORIGEM DO INSTITUTO DO OMBUDSMAN. PROTEÇÃO DO CIDADÃO CONTRA OS ABUSOS DA BUROCRACIA ESTATAL

A nomeação, em 1713, de um supremo representante, chamado de *Högte Ombudsmännem* (Supremo Procurador) cuja função era controlar a legalidade dos atos dos funcionários do Governo, pelo rei da Suécia Carlos XII, que se ausentou por 12 anos de seu país, é indicada como a semente do instituto do Ombudsman. Em 1719, foi criado o cargo denominado *Justitienkansler* (Chanceler de Justiça), com atribuição de vigiar o corpo de funcionários públicos e que, em 1776, passou a ser nomeado pelo Parlamento e não mais pelo Rei, exercendo o controle da justiça e da administração como um mandatário do Parlamento[1].

Na Suécia, o instituto do Ombudsman se consolidou, dentro do contexto histórico do surgimento do capitalismo, da criação dos parlamentos e da conseqüente separação de poderes. Note-se que coube ao Legislativo a elaboração das leis e a fiscalização dos outros dois poderes (Executivo e Judiciário). Ao Ombudsman, criado como representante do Parlamento, foi atribuída a defesa do cumprimento das leis e a defesa dos cidadãos contra ilegalidades e injustiças cometidas por funcionários públicos, até mesmo juízes. A Constituição sueca em 5 de julho de 1809, que vigorou até 1974, previu expressamente, no seu art. 96, a figura do Ombusdman (*Justitieombudsman*):

> O Parlamento designará pelo menos dois cidadãos de reconhecida competência legal e marcante integridade para supervisionar, na condição de ombudsman do parlamento, de acordo com as diretrizes por este estabelecidas, a observância das leis e regulamentos por todos os funcionários e empregados; e instaurar processos, perante os tribunais próprios, contra os que, no exercício de suas funções públicas, praticarem ato ilícito mediante parcialidade ou favoritismo, ou de outra forma, ou se omitirem no cumprimento de dever. O ombudsman estará sujeito sob todos aspectos às mesmas responsabilidades estabelecidas para os promotores públicos pelas leis civil e penal, e pelas regras de processo judicial atinentes a promotores.[2]

---

1 BASTOS, Marco Aurélio. *A Ouvidoria Pública no Paraná*. Curitiba: 2006. Disponível em: <http://www.abonacional.org.br/Monografia.pdf >. Acesso em: 10 set. 2008. p. 10.

2 AUTO FILHO. Ouvidoria: em busca do culto corajoso da liberdade. In: SÁ, Adísia, VILANOVA, Fátima, ROBERTO, Maciel (Org.).*Ombudsmen, ouvidores: transparência, mediação e cidadania*. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2004. p. 144.

Observa Auto Filho que no momento histórico da criação do Ombudsman, se desenvolvia uma sociedade complexa, constituída por duas marcrostruturas: o Estado burocrático e o Governo democrático-parlamentar:

> [...] a função do *ombudsman* só tem sentido de existir se for para tratar dos abusos da burocracia estatal em suas relações com as pessoas. É num determinado momento dessas relações, quando a máquina do Estado cresceu o suficiente para assegurar uma certa *autonomia* do seu *corpo burocrático* em relação ao governante [...] e para desenvolver seus tentáculos por toda a sociedade, que surgem os abusos de poder.[3]

O Ombudsman sueco inspirou muitos países a criar também um órgão unipessoal e independente, com a função de investigar, fiscalizar e controlar a administração pública, bem como receber queixas dos cidadãos e prestar informações sobre elas e buscar, embora sem poder coercitivo, a solução administrativa para o caso.

Para Marco Aurélio Bastos, embora tenha a instituição do Ombudsman alcançado difusão em muitos países, inicialmente, houve temor e rejeição:

> Governantes e autoridades não olhavam com bons olhos a ingerência externa sobre sua administração, chefes de repartição tinham receio que o controle externo interferisse no funcionamento normal do expediente, os servidores tinham medo de serem criticados e receberem advertências e, finalmente os parlamentares encaravam o Ombudsman como um rival no papel de intermediário entre a Administração Pública e a população.[4]

Após mais de cem anos de funcionamento na Suécia, a Finlândia, em 1919, adotou o Ombudsman em sua Constituição. A Dinamarca acolheu o instituto em 1954. A Noruega, em 1952, criou a figura do Ombudsman, inicialmente restrito a assuntos militares. Somente em 1962, o Ombudsman passou a cuidar também de matéria cível naquele país.[5]

---

3 Ibid. p. 141-142.

4 BASTOS, Marco Aurélio. *A Ouvidoria Pública no Paraná*. Curitiba: 2006. p. 12. Disponível em: <http://www.abonacional.org.br/Monografia.pdf >. Acesso em: 10 set. 2008.

5 Ibid. p. 13.

Foi a partir da experiência escandinava que países do mundo todo se inspiraram na figura do Ombudsman, com o propósito de defender o cidadão perante a burocracia estatal.

2 CARACTERÍSTICAS GERAIS E CONTEMPORÂNEAS DO OMBUDSMAN

Donald Rowat, em sua obra clássica The Ombdsman: Citzen's Defender[6] afirma :

> [...] são três as características essenciais do Ombudsman:
>
> - é um funcionário independente e não influenciado pelos partidos políticos, representante do poder legislativo, com cargo geralmente criado e definido na Constituição, cuja função é vigiar a administração pública, entendida esta no sentido amplo (legislativo, executivo e judiciário);
>
> - ocupa-se o ombudsman de queixas específicas do público contra injustiças e os erros administrativos. E por fim:
>
> - tem poder de investigar, criticar e dar publicidade às ações administrativas investigadas ou criticadas, mas não dispõe de poderes para revogá-las.

Podem ser acrescentadas a este conceito geral, as seguintes características: facilidade de acesso ao Ombudsman por parte de qualquer cidadão e utilização de meios informais e rápidos no desempenho de suas atribuições.

O objetivo perseguido pelo instituto é a tutela dos direitos dos cidadãos, o que se realiza no controle de toda a administração pública, sendo excluído da sua atuação, geralmente, o Poder Judiciário, salvo na Suécia e Finlândia em que o Ombudsman tem poder de fiscalização sobre este Poder, porém, com algumas restrições.

Verifica-se que o controle interorgânico exercido pelo Ombudsman vai além da legalidade dos atos e atua sobre a discricionariedade ou mérito administrativo. Para Schwartz e Wade, citados por Leite[7], boa parte da razão de ser do corregedor administrativo consiste na necessidade de investigar o mau uso do arbítrio do administrador, em

6 Apud AUTO FILHO, 2004, p. 140.

7 SCHWARTZ; WADE. Apud LEITE. 1975, p. 52.

geral, indo além dos limites até os quais os tribunais podem chegar. Trata o Ombudsman do que se denomina na doutrina francesa de "má administração". Expressão adotada pelo Tratado de *Maastricht*, de 1992, que criou o Ombudsman da União Européia, nos seguintes termos:

> Má-administração significa administração insuficiente ou deficiente. É o que ocorre quando uma instituição não faz o que deveria fazer, ou faz mal ou faz algo que não deveria fazer. Mencionamos a título de exemplo: irregularidades administrativas, injustiça, discriminação, abuso de poder, ausência ou recusa de informação, atrasos indevidos.[8]

De acordo com GOMES[9], o caráter unipessoal do órgão visa dar maior unidade e coerência, como também conferir ao seu titular maior autoridade e força moral, requisitos necessários, tendo em vista a ausência de poder de anular ou alterar atos objetos de sua investigação ou de poder punitivo.

A atividade do Ombudsman é, preponderantemente, não contenciosa, não jurisdicional. Possui apenas o poder de investigação, crítica ou recomendação, podendo requisitar qualquer documento e ter acesso a todas as repartições. Apenas na Suécia e na Finlândia, o Ombudsman tem atribuição de propor ação judicial contra servidor faltoso. Segundo os estudiosos, o Ombudsman exercita a chamada "magistratura de persuasão", o que leva Wleide a qualificá-la de "poder sem poderes" que "desta própria condição paradoxalmente concretiza sua base de apoio e força."[10]

A independência ou autonomia funcional e política do Ombudsman é imprescindível ao exercício de suas funções. Não pode o Ombudsman estar sujeito à subordinação hierárquica, devendo agir com isenção política. Por isso, há previsão constitucional ou legal de mandato certo e dos casos de cassação, dentre outras garantias.

A localização institucional do Ombudsman clássico é no Poder Legislativo, sendo o seu titular eleito pelo Parlamento. As críticas a vinculação formal ao Poder Legislativo se referem à possibilidade de ingerências político-partidárias sobre o órgão, entretanto, este temor é afastado com a vedação de seu titular exercer qualquer atividade política e com as garantias relacionadas com sua independência já

8 Apud, GOMES, p. 102.

9 GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo. Do Instituto do *Ombudsman* à Construção das Ouvidorias Públicas no Brasil. In: LYRA, Rubens Pinto (org). *Autônomas x obedientes*: a ouvidoria pública em debate. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2004. p. 43.

10 apud LYRA, 1996, p.137

citadas. GOMES[11] indica que "na prática, o que se tem notado é que o ombudsman gozando de ampla autonomia em relação ao Legislativo, o qual se tem limitado a estabelecer os princípios e diretrizes gerais, nunca, porém, disposições perceptivas referentes a casos concretos."

Exige-se para o desempenho das funções do Ombudsman qualificações especiais, como sensibilidade social, senso de justiça, reputação ilibada, elevado espírito público, além de notável saber jurídico e conhecimento da administração.

Como foi mencionado, destaca-se na atuação do Ombudsman seu caráter informal e célere. Não está ele amarrado há regras procedimentais, pautando seu trabalho pela ética.

Admite-se a apresentação de queixas, reclamações e denúncias de forma oral e mesmo por meio eletrônico *(e-mail)*. Pode também agir por iniciativa própria ao tomar conhecimento de possíveis irregularidades pelas inspeções que realiza ou pela imprensa.

Além de informar as conclusões de suas investigações para o reclamante, o Ombudsman apresenta anualmente ao Parlamento um relatório das atividades exercidas e recomendações mais importantes. O relatório anual é amplamente divulgado e constitui elemento de pesquisa e orientação administrativa.

A busca de soluções com informalismo e rapidez está sempre presente no trabalho do Ombusdman. Muitos se utilizam do telefone para buscar soluções para os casos que lhe são apresentados. Gomes[12] nota que "em alguns países o ombudsman tem sido apresentado como o grande baluarte da luta contra a "lentocracia" e a tirania burocrática que se abate sobre a sociedade contemporânea."

3 ORIGENS DA OUVIDORIA NO BRASIL

A denominação ouvidoria remonta à época do Brasil colonial. Havia, então, o cargo de Ouvidor Geral que tinha por função aplicar a lei da metrópole e não exercia uma representação do cidadão diante do órgão público, pelo contrário, reportava ao Rei o que ocorria na colônia. Note-se que o vocábulo ombudsman, proveniente do nórdico antigo, significa "representante", não podendo ser traduzido para ouvidor[13].

Durante o período da ditadura militar iniciada nos anos 60, as formas de controle da administração e qualquer mecanismo de participação popular na gestão pública foram sufocados. O governo

11 GOMES, op. cit., 43.

12 GOMES, op. cit., 44.

13 AUTO FILHO, op. cit., p.151.

militar promoveu a profissionalização e burocratização da Administração Pública, através da reforma administrativa de 1966. Falsamente moderno, o modelo tecnocrático implantado, obviamente, não pretendeu extinguir a cultura do patrimonialismo no serviço público. Observa-se que o patrimonialismo "embora em processo de transformação, mantinha sua força no quadro político brasileiro. O coronelismo dava lugar ao clientelismo e ao fisiologismo"[14].

Na década de 80, com o início da redemocratização do país, foram apresentados alguns projetos, no Congresso Nacional, com proposta de criação do instituto do Ombudsman, porém sem êxito[15].

A primeira experiência na Administração Pública brasileira de criação de um órgão semelhante ao Ombudsman aconteceu na Prefeitura de Curitiba, em 1986. Com preocupação de promover a democracia, a Ouvidoria- Geral do Município de Curitiba foi inspirada nas Constituições da Espanha, de 1978, e de Portugal, de 1976. Estes dois países adotaram o instituto do Ombudsman com a denominação de Defensor Del Pueblo e Provedor de Justiça, respectivamente. Foi, expressamente, incluído, como atribuição do ombudsman português e espanhol, a tutela dos direitos humanos. Talvez, isso se deva ao fato de ambos os países, assim como o Brasil, terem, à época, recém-saídos de regimes ditatoriais[16].

Teve por finalidade a Ouvidoria da Prefeitura de Curitiba atuar na defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos contra atos ou omissões ilegais ou injustos cometidos pela Administração Pública Municipal. Após dois anos de funcionamento foi desativada por motivos políticos[17].

Na Assembléia Nacional Constituinte, projeto que previa a criação do Defensor do Povo, Ombudsman, inspirado na constituição portuguesa, de 1976, e na espanhola, de 1978, foi rejeitado, apesar do apoio da opinião pública e da bem sucedida experiência de Curitiba. Aos opositores do projeto, Ministério Público e Tribunal de Contas da União, foram transferidas algumas das atribuições previstas ao Defensor do Povo. Não houve qualquer menção às ouvidorias na Constituição[18].

---

14 GOMES, op. cit., p. 55,

15 BASTOS, Marco Aurélio. *A Ouvidoria Pública no Paraná*. Curitiba: 2006. p. 22. Disponível em: <http://www.abonacional.org.br/Monografia.pdf >. Acesso em: 10 set. 2008.

16 GOMES, op. cit., p. 61.

17 GOMES, op. cit., p. 62.

18 BASTOS, op. cit., p. 23.

No entanto, os autores vêem no art.37, §3º, da Constituição de 1988, que prevê a disciplina por lei das reclamações relativas ao serviço público, a possibilidade de se instituir o Ombudsman no Brasil, através de legislação ordinária[19]. Entendimento mais defensável ainda com a nova redação dada ao dispositivo pela Emenda Constitucional n° 19, de 1998.

Em consonância com as manifestações de insatisfação popular com os meios tradicionais de controle da administração, o Congresso Nacional institucionaliza a Ouvidoria no Brasil, com a Emenda Constitucional n° 45, de 2004, que trata da reforma do Poder Judiciário.

4 A OUVIDORIA NO BRASIL

4.1 OUVIDORIA E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

A participação direta e indireta do cidadão na gestão pública é princípio constante na Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas. É elemento essencial do Estado de Direito, isto é, Estado que entre outras coisas, reconhece como um dos fundamentos a busca da efetivação dos Direitos Humanos[20].

Rubens Pinto LYRA entende ser a ouvidoria uma das formas de expressão da chamada democracia participativa, porque possibilita a participação semi-direta dos cidadãos no controle social da administração pública e até mesmo na sua própria gestão[21].

O Ouvidor é um representante do cidadão que possibilita a sociedade opinar, interferir, criticar, obter informações na administração pública. A pessoa simples e anônima, com a Ouvidoria, tem a possibilidade de se fazer importante perante a Administração, na medida em que suas críticas, denúncias ou sugestões são acolhidas, contribuindo, dessa maneira, para a correção e o aprimoramento dos atos de governo. A ouvidoria abre a administração para a sociedade.

O modelo tradicional de Estado passa por transformações para atender novas necessidades e anseios da população. Numa sociedade globalizada, tecnoburocrática, com presença das grandes agências públicas e das grandes companhias privadas, surgem novas tarefas para desafiar as relações entre essas grandes máquinas e os cidadãos

19 GOMES, op. cit., p. 69.

20 AUTO FILHO, op. cit., 140.

21 LYRA, Rubens Pinto. O Ouvidor Universitário. In:Vários autores. *A Ouvidoria Pública no Brasil*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/ Associação Brasileira de Ouvidores, 2000. p. 70.

individualmente considerados[22]. O Estado tende a dividir com a sociedade parte da responsabilidade da execução dos serviços públicos, adotando mecanismos de participação, cooperação e regulação, através da descentralização de ações, do controle social e da criação de modernos instrumentos de gestão como as parcerias público-privadas. Essa nova tendência influi na transformação da relação da administração pública com os cidadãos, levando a um modelo de gestão preocupado em prestar serviços de qualidade[23]. É nesse contexto que está havendo a enorme expansão das ouvidorias no Brasil.

4.2 OMBUDSMAN E OUVIDORIA

Como visto, a Constituição de 1988 não adotou o instituto do Ombudsman ou da Ouvidoria, deixando o ordenamento jurídico sem um modelo nacional para a criação das Ouvidorias Públicas. Com a crescente democratização do País, houve um crescimento do número das ouvidorias, de forma desordenada e com perfis heterogêneos. O termo Ouvidoria somente foi indicado na Carta Magna pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004, que dispõe sobre a criação das Ouvidorias Judiciárias e do Ministério Público.

O modelo doutrinário de Ombudsman e as Ouvidorias públicas instituídas no Brasil (antes da reforma da EC n°19/1998) têm em comum o fundamento/ racionalidade, preponderantemente, material, ligado aos valores da participação, justiça, transparência administrativa, e outros característicos de processos de retomada da democracia[24]. Outros aspectos coincidentes, são: a unipessoalidade, o livre acesso do povo ao titular do órgão e a utilização de meios informais e céleres.

Outra característica em comum dos dois institutos é o exercício do que os autores denominam "magistratura de persuasão". Não tem a Ouvidoria, nem o Ombudsman clássico, poderes administrativos ou legislativos, bem como não lhes é atribuído propor ações judiciais (salvo exceções em alguns países nórdicos). "Magistratura de persuasão" é o atuar movido apenas pela força moral, pelo respeito constituído através da imparcialidade de suas ações, sem qualquer poder coercitivo.

No entanto, existem muitas diferenças entre os dois órgãos. Enquanto o Ombudsman é órgão vinculado ao Legislativo, atuando como controle externo ou interorgânico, a maioria das ouvidorias brasileiras são órgãos do Poder Executivo, representado mecanismo de

22 AUTO FILHO, op. cit., 142.

23 BASTOS, op. cit., p. 9.

24 GOMES, op. cit., p. 85.

controle interno ou intra-orgânico. Note-se que o Parlamento estabelece princípios e diretrizes gerais para o Ombudsman, não interferindo em sua atuação, em casos concretos.

Verifica-se que a maioria das atuais Ouvidorias não tem sequer previsão em lei ou em normas internas dos órgãos, tendo existência apenas fática. Em geral, não ocupam nenhum lugar no organograma institucional. Ao contrário, o Ombudsman tem previsão jurídica constitucional.

No Brasil, salvo exceções, as Ouvidorias sendo órgãos do Executivo, o titular do órgão é escolhido pelo chefe do Poder ou de dirigente da entidade na qual se situa a Ouvidoria para cargo em comissão. O Ombudsman é escolhido via eleição pelo Parlamento.

> Nesse sentido, a autonomia funcional constitui-se em outro importante marco distintivo. Enquanto a maioria das legislações que consagram aquele instituto confere ao titular do cargo absoluta autonomia em relação às demais autoridades, as Ouvidorias brasileiras, em geral, são chefiadas por cargos demissíveis *ad nutum*. Assim, em regra, a eficiência do órgão tem dependido fundamentalmente de condições subjetivas do seu titular, com nível de independência pessoal, entrosamento com a equipe governamental etc.[25]

Difere também os institutos quanto ao nível hierárquico. O Ombudsman está situado no alto da estrutura dos cargos públicos, tendo por esta razão um conjunto de prerrogativas superiores às dos Ouvidores brasileiros que são subordinados ao chefe do órgão em que atuam.

A Ouvidoria no Brasil, como foi visto, exerce uma espécie controle interno. Por ser órgão da própria administração, a função de controle do mérito administrativo (conveniência, oportunidade), além do controle da legalidade, é mais marcante na atuação da Ouvidoria. Ensina LYRA:

> Na verdade, esta questão é decisiva, já que não se trata apenas de se obter um desempenho "correto" da administração. Mas, sim, através das sugestões e críticas formuladas pela cidadania, de alçá-la à condição de co-gestora da *res publica*, na medida em que a participação da comunidade pode contribuir para a reestruturação

25 Ibid. p. 86.

de órgãos públicos, para mudanças na legislação e, até mesmo, para redefinição de prioridades de governo[26].

4.3 OUVIDORIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO

No Brasil, a Ouvidoria foi criada como órgão do Poder Executivo para controle interno. Com a previsão na Emenda Constitucional n° 45, de 2004, foram criadas Ouvidorias em órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público. Cada Poder, em seus diversos órgãos, tanto da administração direta como indireta (no caso, do Poder Executivo), podem possuir ouvidorias próprias.

No Executivo federal, há a Ouvidoria-Geral da União, órgão vinculado à Controladoria Geral da União. Alguns Estados da federação possuem ouvidorias gerais.

As ouvidorias brasileiras, em geral, têm existência meramente informal, sem previsão legal ou infralegal. Algumas são criadas por simples resoluções ou portarias, não ocupam lugar no organograma institucional ou plano de cargos e salários[27]. A não previsão legal faz com que sejam percebidas como apenas "consentidas", apresentadas como "dádivas" do Poder Público "generoso". Tal fato contribui para o não reconhecimento do Ouvidor e falta de apoio institucional (VILANOVA, 2004, p.178).

Os estudiosos do tema ressaltam a importância da previsão legal. "A lei tem papel de institucionalizar a Ouvidoria dentro da administração pública; ela deixa de ser um ato de vontade do governante e passa a ser um ato de vontade legítimo da população"[28].

A Lei de Defesa e Proteção do Usuário do Serviço Público do Estado de São Paulo (Lei 10.294, de 20 de abril de 1999) pode ser considerada uma grande vitória no processo de institucionalização legal da figura do ouvidor. Apesar de manter a indicação do titular da função como prerrogativa dos Secretários de Estado, contém vários pontos em sintonia com a tendência democrática que ora se intensifica. Determina a criação de ouvidorias, código de ética e comitês de usuários, em todos os órgãos das administrações, direta e indireta, e empresas privadas prestadoras de serviços públicos, criando "um procedimento capaz de unificar e consolidar a existência e o funcionamento das ouvidorias públicas no resto do País".[29]

26 LIRA. 1996, p. 131.

27 LIRA. 1996, p. 133.

28 VISMONA, 2001, p.56

29 AUTO FILHO, op. cit., 156.

4.4 ATRIBUIÇÕES

O Ouvidor, ao exercer sua função de receber reclamações, denúncias e sugestões, além procurar resolver os inúmeros casos concretos apresentados, deverá fazer uma avaliação das orientações que norteiam a instituição que atua. O fato tratar dos problemas do cotidiano credencia o Ouvidor a agir como crítico interno (ação crítico-propositiva). Deve se interrogar até que ponto os mecanismos institucionais e as práticas dominantes na Administração, ao invés de assimilar os princípios constitucionais da Administração Pública, "não reproduzem o clientelismo, o corporativismo, a passividade de servidor público, a formalidade e a lentidão administrativa"[30].

Outra atribuição do Ouvidor é a mediação. Através dela o Ouvidor busca solucionar o conflito apresentado pelo reclamante. O cidadão comum conta somente com a Ouvidoria para tornar efetivo o seu direito, quando este lhe é negado pelos órgãos de direção da instituição. A solução conciliatória de conflitos é importante porque mostra ao público a eficácia imediata das ações da Ouvidoria. Entretanto, há o perigo de se buscar o consenso a qualquer custo.

> [...] o consenso não pode ser buscado como um fim em si mesmo, mas tão somente, como um meio para tornar efetivos os valores da legalidade, da justiça, da eficácia e da democracia.[...] não é permitido colocar a poeira de baixo do tapete, ignorando a lesão provocada por uma das partes, a pretexto de alcançar, a qualquer preço, a composição de interesses. Também não pode com maior razão, manter um bom relacionamento com a administração, se isto significar concretamente, a sua adesão à má administração", pois foi justamente para combatê-la que a ouvidoria foi criada[31].

A Ouvidoria também tem a função de garantir o direito à informação. A Ouvidoria permite ao cidadão ter acesso a toda a informação que lhe foi negada. Ela promove a transparência da Administração ao prestar esclarecimentos em linguagem simples e buscar nas repartições pertinentes outras informações. Procura a Ouvidoria deixar a Administração mais acessível ao cidadão, prestando explicações de forma mais clara e fornecendo informações que, salvo os

30 LYRA, Rubens Pinto. O Defensor dos Direitos na Administração Brasileira.In: LYRA, Rubens Pinto (org). *Autônomas x obedientes*: a ouvidoria pública em debate. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2004. p. 140.

31 LYRA, 2004, p. 140-141.

casos de imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado, não devem ser sigilosas, conforme o art. 5º, inciso XXXIII, CF/88.

Deve ainda a Ouvidoria se preocupar com a promoção da democracia através da instalação efetiva do controle social e da prática participativa. A Ouvidoria deve estreitar laços com as entidades da sociedade civil, incentivando a presença delas em conselhos consultivos ou de gestão.

4.5 A QUESTÃO DA AUTONOMIA DAS OUVIDORIAS BRASILEIRAS

A autonomia dos ouvidores é questão fundamental a ser enfrentada. As Ouvidorias não podem cumprir seu papel de defender os direitos dos cidadãos perante a Administração e induzir mudanças na prática administrativa sem autonomia.

Torna-se bastante discutível a autonomia das Ouvidorias brasileiras, considerando que, salvo poucas exceções, seus titulares são escolhidos pelo chefe do órgão fiscalizado.

LYRA alerta:

> [...] existem ouvidores que são integrantes do *staff* governamental, ou da direção da instituição em que atuam. Não podem, com tal condição, ser verdadeiramente ouvidores, entendidos estes como defensores dos direitos do cidadãos. Com efeito, um Ouvidor Secretário de Estado, ou dirigente da instituição, pela natureza do cargo, se encontra vinculado à defesa dos interesses da administração. Falta-lhe o necessário distanciamento, capaz de conferir-lhe isenção para identificar eventuais contradições entre a conduta do gestor e os interesses do usuário.[32]

A verdadeira Ouvidoria não deve se confundir com Ministérios, Secretárias de Estado e outros órgãos encarregados da promoção de cidadania. Estes órgãos não atuam naquilo que é essencial para uma Ouvidoria Defensora de Direitos: a indução de mudanças e a investigação de denúncias – inclusive contra o gestor – justamente por ser este o superior hierárquico do ouvidor[33].

Também têm sido denominados de ouvidorias, órgãos que não passam de meras centrais de atendimento de caráter unipessoal. O titular dessas pseudo-ouvidorias apenas recebe as reclamações e sugestões dos demandantes e as repassa ao dirigente do órgão, podendo

32 LYRA, 2004, p. 129.

33 LYRA, 2004, p. 130.

no máximo, sugerir medidas para solucionar os problemas, mas sem dispor de autonomia para investigar e tomar iniciativas para solução do caso[34].

Adverte-se ainda que não basta para que um órgão seja considerado verdadeiramente, uma ouvidoria ter todas as atribuições típicas do instituto, quando não produz efetiva defesa e promoção dos direitos do cidadão, por falta de independência de seu titular[35].

Entretanto, o modelo ortodoxo de ouvidoria autônoma raramente se concretiza. Considerando as condições da realidade brasileira, LYRA defende que o requisito mínimo para se considerar um órgão como ouvidoria seria a atribuição de mandato certo a seu titular. Com esse requisito atendido, estaria inserida na categoria da ouvidoria semi-dependente em que o Ouvidor é dotado de mandato certo e possui as atribuições de defesa dos direitos dos cidadãos e de controle da administração, mas são elevados ao cargo através da nomeação do chefe da instituição.

Outra categoria identificada por LYRA[36] é da ouvidoria plena, independente. É aquela que o seu titular detém mandato certo e é escolhido com a participação da sociedade ou pelo colegiado máximo da instituição em que atua. Exemplos representativos dessas categorias são as Ouvidorias de Polícia, em especial, a de São Paulo e algumas Ouvidorias universitárias.

4.6 VERTENTE MODERNIZADORA E VERTENTE DEMOCRÁTICA

Os estudiosos sobre o tema, classificam as ouvidorias como pertencentes a duas vertentes: a modernizadora e a democrática.

A vertente modernizadora se caracteriza pela opção de ouvidoria como órgão de governo e pela valorização da eficácia e do aprimoramento do serviço público, apesar de não desconsiderar a defesa de direitos do cidadão, agora visto, como usuário. Nesse modelo, a criação da ouvidoria e a escolha do seu titular são realizados de cima para baixo, mediante ato da autoridade fiscalizada, sem participação de colegiado máximo da instituição ou da sociedade civil organizada.[37]

Enquadram-se nesse perfil modernizador, as ouvidorias criadas após a reforma do Estado iniciada pela Emenda Constitucional n° 19 de 1998, que inseriu a eficiência dentre os princípios da Administração

34 LYRA, 2004, p. 131.

35 Ibid.

36 Ibid.

37 BASTOS, op. cit., p. 28.

Pública. Idéia central desse movimento é o binômio modernização-participação, protagonizado pelo "cidadão-cliente" ou "usuário" e pautado a eficácia gerencial e das leis de mercado[38]

Carbonari adverte para a ideologia contida nessa opção pelo termo "usuário" e não "cidadão":

> A cidadania, historicamente, implica reconhecimento de sujeitos de direito demandantes e institucionalidades públicas responsáveis por sua satisfação, notadamente circunscritas e dependentes de tradições culturais e de arranjos políticos centrados nos Estados nacionais e em organismos internacionais por estes patrocinados. Clientes, no entanto, não implicam em sujeitos, implicam em consumidores, que buscam bens para a satisfação de necessidades- via de regra, criados pelos próprios agentes econômicos como sobreposição ilusória às necessidades humanas básicas - atendidas por agentes privados em relações de troca mediadas pelo valor monetário. Cidadania implica universalidade; consumo implica poder de compra. A lógica do mercado rompe com o princípio fundante da cidadania e os Direitos Humanos passam a deixar de ser direitos de cidadania. Chega-se a confundi-los com o direito à livre iniciativa dos agentes econômicos[39]

O outro modelo é o democrático ou democrático-popular. Essa vertente vem se consolidando nos últimos anos. Tem como características: surgimento de uma mobilização de setores da sociedade (criadas "de baixo para cima"); ouvidor com mandato certo e independência perante o órgão fiscalizado e preocupação primordial com a justiça e a cidadania. Exemplo clássico é Ouvidoria de Polícia do Estado de São Paulo que tem previsão em lei e seu titular tem assegurada autonomia, além de ser escolhido pelo Governador a partir de lista tríplice elaborada pelo Conselho Estadual da Pessoa Humana. Outras Ouvidorias de Polícia, como a de Minas Gerais, vêm acompanhando essa tendência.

5. A OUVIDORIA- GERAL DA ADVOCACIA- GERAL DA UNIÃO

5.1 O TRABALHO DA OUVIDORIA-GERAL DA AGU

A Ouvidoria- Geral da Advocacia- Geral da União foi criada, em 15 de agosto de 2007, pelo Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral

38 LYRA, 2004, p. 124.

39 CARBONARI, Paulo César. In: LYRA, 2004, p.147.

da União, Ministro José Antonio Dias Toffoli, pelo Ato Regimental n° 3/2007.

Em entrevista, em 25/09/2008, com o Senhor Ouvidor da Advocacia- Geral da União, Dr. Gabriel Felipe de Souza, foi dito que a Administração da AGU vem dando apoio ao funcionamento da Ouvidoria e prestigiando a opinião do órgão. Apesar de pouco mais de um ano de funcionamento, a Ouvidoria da AGU já recebeu mais de quatro mil demandas e cerca de 89% estão concluídas, indicando um alto grau de eficiência.

Destacou também o Ouvidor a agilidade do trabalho da Ouvidoria-Geral da AGU. Muitos casos são resolvidos até mesmo por telefone, confirmando uma das características mais interessantes do instituto da Ouvidoria: informalidade e uso de meios expeditos. Segundo o Ouvidor, a todas reclamações, denúncias ou sugestões apresentadas é dada uma resposta positiva ou negativa, ao demandante. Outro ponto destacado pelo Ouvidor é a preocupação do órgão em humanizar a relação Administração/administrado.

Ainda sobre a atuação do órgão com imparcialidade e a busca de soluções através da mediação. Além disso, esclareceu que a Ouvidoria é convocado para todas as reuniões relevantes com a Administração Superior da AGU. Propostas e sugestões feitas pela Ouvidoria são consideradas e muitas delas acatadas. Essas propostas surgem, com freqüência, dos casos individuais apresentados à Ouvidoria pelo público interno e externo.

Conta a Ouvidoria-Geral da AGU com equipe em número pequeno, capacitada e solícita, como recomendado pelos estudiosos do instituto.

5.2 A OUVIDORIA NO PROJETO DE LEI ORGÂNICA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

No anteprojeto de Lei orgânica da Advocacia-Geral da União apresentado pelo Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, Ministro José Antonio Dias Toffoli, em 2007, há previsão da Ouvidoria-Geral da AGU com mudanças significativas em relação ao ato regimental atual.

A disposição sobre competência permanece a mesma da constante, atualmente, do ato regimental n° 3/2007. São atribuições de acordo com paradigma modernizante já visto, com preocupação quase exclusiva com o aprimoramento do serviço público.

A Ouvidoria é estabelecida, no anteprojeto de lei complementar, como órgão de assessoramento direto ao Advogado-Geral da União.

Como foi visto, pelo menos em tese, o Ouvidor é a antítese cabal do Assessor, já que representante da comunidade deve gozar de plena autonomia em relação ao dirigente da instituição[40].

A inovação constante do anteprojeto de lei orgânica ficou por conta da forma de escolha do titular do órgão e a fixação de mandato. O §2º do art. 26 pretende dar um tom democrático à escolha do Ouvidor, ao estabelecer a elaboração de lista quádrupla, composta por um membro de cada carreira da Advocacia-Geral da União, a ser encaminhada pelo Conselho Superior.

É verdade, que a maioria dos especialistas defende que a escolha do Ouvidor seja realizada por conselhos superiores, no caso das Universidades, e por conselhos de defesa dos direitos humanos ou colegiados independentes formados por representantes da sociedade civil, nos demais órgãos. Entretanto, observa-se que o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União não é órgão de representação democrática como os Conselhos Universitários. Apesar da formação do Conselho Superior, no anteprojeto analisado, ter sido acrescentada a representação dos servidores técnico-administrativos e aumentado de um para dois os representantes das carreiras da AGU, resultando ao total nove representantes eleitos pelas respectivas carreiras, a presença majoritária continua sendo de ocupantes de cargo em comissão escolhidos pelo próprio Advogado-Geral da União, que preside o Conselho (dez membros, sem contar o Ouvidor e o Presidente do Conselho). Além disso, não há representantes da sociedade, como nos conselhos universitários.

Outro ponto é a questão da lista quádrupla ser formada, obrigatoriamente, de um membro de cada carreira de membros da AGU. A Ouvidoria se propõe a ser representante do cidadão perante a Administração e não pode ser, de modo algum, identificada ou comprometida com de carreira A ou B. Pelo contrário, o Ouvidor deve combater o corporativismo. O Ouvidor é, essencialmente, o representante da sociedade (e não de carreiras) na Administração. É certo, defende o Ouvidor o público interno, mas esse não é formado apenas de membros das quatro carreiras. E mais, com a benéfica tendência fundada na Constituição de ocupação dos cargos de direção somente por membros da AGU, os atos a serem fiscalizados pelo Ouvidor serão quase sempre de integrantes das carreiras, sendo indesejável um "coleguismo" entre fiscalizador e fiscalizados. Além disso, tão ou mais importante, é a representação que o Ouvidor deve fazer do público externo, que, no anteprojeto, não tem qualquer participação, não podendo escolher e

40 LYRA, 1996, p. 133.

muito menos ser escolhido. Assim, o anteprojeto da Lei Orgânica da AGU foge um pouco da natureza de controle social da Ouvidoria.

Disposição estranha é a do art. 26, §5º, que dispõe que a estrutura e as competências administrativas dos membros da Ouvidoria-Geral serão fixadas no Regimento Interno da Advocacia-Geral da União. Considerando a natureza unipessoal do órgão, não há necessidade alguma de estarem previstas competências administrativas para a equipe do Ouvidor-Geral e muito menos deveria haver outros membros dentro da Ouvidoria, além do seu titular ou, no máximo, seu substituto. Além da essência unipessoal do órgão, deveria bastar a previsão geral das atribuições da Ouvidoria, já constante do art. 26, incisos I a VII, caso contrário, disposições específicas para cada servidor da equipe, viria a burocratizar e tornar inflexível os procedimentos da Ouvidoria. O Ouvidor deve ter a liberdade de compor sua equipe e comandar seus trabalhos, visando a realização de sua missão. Nesse sentido, ensina Celso Barroso Leite:

> Embora a atuação direta, pessoal, seja a essência da idéia do Ombudsman, ele naturalmente necessita de colaboração, tanto técnica quanto administrativa. Por outro lado, na medida em que não souber moderar-se na utilização de colaboradores, que em geral ele próprio admite e dispensa, surgirá o risco de se criar mais uma repartição a ser controlada; ou pior ainda, não tardaria a ser necessário outro Ombudsman para controlar o primeiro, como já foi jocosamente lembrado[41].

Seria mais interessante constar do anteprojeto de lei orgânica, a previsão de que será fixado no Regimento Interno da Advocacia-Geral da União prazos curtos para que as autoridades administrativas respondam às interpelações do ouvidor e em caso descumprimento, a indicação de imediata abertura de processo administrativo contra o faltoso.

Outra norma que poderia moderar a opção pelo modelo modernizante neo-liberal de ouvidoria seria referente aos requisitos exigíveis para o ocupante do cargo de ouvidor, como por exemplo: notório saber jurídico, reputação ilibada e reconhecida atuação em defesa dos direitos de cidadania. Poderia constar ainda a proibição de exercer qualquer atividade política e a previsão de um Código de Ética, seguindo exemplo do Estado de São Paulo.

---

41 LEITE, Celso Barroso. *Ombudsman, corregedor administrativo:* a instituição escandinava que o mundo vem adotando. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 57.

Apesar das propostas feitas acima, é de se reconhecer a grande evolução contida no Anteprojeto de Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Primeiro por institucionalizar a Ouvidoria, antes prevista apenas por simples ato regimental e segundo por estabelecer mandato certo ao Ouvidor, o requisito mais essencial para a construção de uma verdadeira Ouvidoria.

6 CONCLUSÃO

O modelo dominante de Ouvidoria no Brasil é bastante diferente do instituto que lhe serviu de inspiração: o Ombudsman.

A opção brasileira de colocar a Ouvidoria como órgão subordinado ao Poder ou instituição que deverá fiscalizar limitou muito ações mais radicais sobre a rotina administrativa.

Surgiu a Ouvidoria da necessidade do cidadão controlar e participar da Administração Pública. Essa reivindicação de controle público e participação direta vai se tornando mais urgente com a consolidação da cultura democrática no País. Instrumentos que podem efetivar a participação da sociedade na coisa pública vão sendo aprimorados e resistências ao seu funcionamento vão sendo quebradas.

Foi verificado que a maioria das ouvidorias são limitadas em sua autonomia pela falta de previsão em lei ou por não ter o titular do órgão mandato certo e ser escolhido sem a participação da sociedade. Entretanto, as experiências realizadas em diversos órgãos, mostram que essas ouvidorias podem promover grandes melhoras no atendimento do cidadão no serviço público. Podem significar um interessante começo de um movimento em busca de maior transparência e participação popular na Administração Pública.

Talvez, em virtude da escolha acertada de pessoas com o perfil adequado para a função de Ouvidor e das características inovadoras do órgão, como a informalidade de procedimentos, a unipessoalidade e o exercício da "magistratura de persuasão", as Ouvidorias semi-dependentes, na prática, têm tido resultados muito positivos, apresentado eficiência e efetividade no controle interno da Administração Pública. Alguns autores entendem até mesmo como vantagem a lealdade existente entre o titular da Ouvidoria, detentor de cargo de confiança, e o chefe da instituição. Assim se alcançaria elevada legitimação intraorgânica em relação ao controle dos servidores subordinados, constituindo o Ouvidor extensão do próprio dirigente político[42]

42 GOMES, op. cit., p.70.

Mas uma mudança substancial somente pode ocorrer quando a sociedade consegue erguer, "de baixo para cima", uma ouvidoria autônoma. Muitas ouvidorias já chegaram a um patamar de autonomia e independência considerável. É o caso das Ouvidorias de Polícia que têm seu titular, possuidor de garantias legais e não pertencente à corporação policial, escolhido com a participação decisiva da sociedade organizada.

A Administração Pública ainda é muito burocrática e nela ainda está entranhada uma cultura autoritária. O Brasil ainda é uma sociedade relacional, onde "as pessoas são hierarquizadas de acordo com a importância de seu universo de relações pessoais, o "indivíduo", o "zé ninguém", jamais é priorizado. O cliente só é considerado quando identificado numa escala relacional – filho de deputado, amigo do coronel, motorista do Ministro, sobrinho de Dona Carmem"[43]. A verdadeira Ouvidoria vem para impor a igualdade no trato do serviço público.

Pode e deve a Ouvidoria apreciar a conveniência e oportunidade dos atos administrativos, entretanto ainda há muito a ser feito para que a Administração cumpra, no dia-a-dia, a lei, conforme expõe Otávio Sintônio Pinto:[44]

> No entanto, o cumprimento da Lei elaborada pela classe dominante, seria suficiente, no mais das vezes, ao estabelecimento da justiça, porque a arrogância dos poderosos é tanta que, ao confiar no seu privilégio, edita leis relativamente justas, mas espera pelo seu não cumprimento. Eis o momento do ombudsman.

Sabendo que na prática administrativa brasileira há introjetada, em diferentes graus, uma cultura elitista, fisiológica, clientelista ou corporativista, o Ouvidor deve lutar para eliminar tais práticas[45]. E somente uma Ouvidoria autônoma pode cumprir com plenitude essa tarefa.

Reconhece-se que é um passo a frente, o funcionamento de uma Ouvidoria semi-dependente que comprometida, quase exclusivamente, com a busca de resultados e baseada no princípio da eficiência, resolve as reclamações dos demandantes pela mediação e almeja a satisfação do usuário do serviço público.

---

43 MATTA, apud LYRA, 2004, p.150.

44 Apud, LYRA, 2004, p.145.

45 LYRA, 2004. p. 140.

Entretanto, conclui-se que apesar dos bons resultados que podem ser obtidos pelo funcionamento dessas Ouvidorias semi-dependentes, elas não têm poder de realizar as mudanças culturais que podem ser realizadas por uma Ouvidoria autônoma e vinculada aos valores da participação, justiça e transparência.

REFERÊNCIAS

AMARAL FILHO. Marcos Jordão Teixeira. *O Ombudsman e o Controle da Administração*. São Paulo: Universidade de São Paulo. 1993.

AUTO FILHO. Ouvidoria: em busca do culto corajoso da liberdade. In: SÁ, Adísia, VILANOVA, Fátima, ROBERTO, Maciel (Org.).*Ombudsmen, ouvidores: transparência, mediação e cidadania*. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2004. p. 139-158.

BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. O Público não-estatal. In: LYRA, Rubens Pinto (org). *Autônomas x obedientes:* a ouvidoria pública em debate. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2004. p.13-40.

BASTOS, Marco Aurélio. *A Ouvidoria Pública no Paraná*. Curitiba: 2006. Disponível em: <http://www.abonacional.org.br/Monografia.pdf >. Acesso em: 10 set. 2008.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo. Do Instituto do *Ombudsman* à Construção das Ouvidorias Públicas no Brasil. In: LYRA, Rubens Pinto (org). *Autônomas x obedientes*: a ouvidoria pública em debate. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2004.

_____. Do Instituto do Ombudsman à Criação da Ouvidoria Públicas no Brasil. In: LYRA, Rubens Pinto (org). *A nova esfera pública da cidadania*. João Pessoa: Universitária da UFPB, 1996. p. 125-137.

LEITE, Celso Barroso. *Ombudsman, corregedor administrativo:* a instituição escandinava que o mundo vem adotando. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

LYRA, Rubens Pinto. O Ouvidor Universitário. In:Vários autores. *A Ouvidoria Pública no Brasil*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/ Associação Brasileira de Ouvidores, 2000.

_____.O Defensor dos Direitos na Administração Brasileira.In: LYRA, Rubens Pinto (org). *Autônomas x obedientes*: a ouvidoria pública em debate. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2004.

_____. A Nova Esfera Pública da Cidadania.In: LYRA, Rubens Pinto (org). *A Nova Esfera Pública da Cidadania*. João Pessoa: Universitária da UFPB, 1996.

SÁ, Adísia. Ouvidores/Ombudsmen: considerações teóricas e práticas. In: SÁ, Adísia, VILANOVA, Fátima, ROBERTO, Maciel (Org.). *Ombudsmen, ouvidores:* transparência, mediação e cidadania. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2004. p.51-67.

VILANOVA, Maria de Fátima Veras. Ouvidoria no Ceará: realidade e desafios. In: SÁ, Adísia, VILANOVA, Fátima, MACIEL, Roberto (Org.).*Ombudsmen, ouvidores: transparência, mediação e cidadania*. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2004. p. 139-158.

VILANOVA, Maria de Fátima Veras. *Ouvidoria na Uece:* cidadania no dia-a-dia. In: SÁ, Adísia, VILANOVA, Fátima, ROBERTO, Maciel (Org.). *Ombudsmen, ouvidores:* transparência, mediação e cidadania. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2004. p.77-97.

_____.Ouvidoria na Ceará. In: SÁ, Adísia, VILANOVA, Fátima, ROBERTO, Maciel (Org.). *Ombudsmen, ouvidores:* transparência, mediação e cidadania. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2004. p.163-184.

VISMONA, Edson Luiz. A Ouvidoria no Brasil e seus Princípios. In:Vários autores. *A Ouvidoria Pública no Brasil*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/ Associação Brasileira de Ouvidores, 2000. p. 11-20.