

Publicações da
Escola da AGU

Pós-Graduação em Direito
Público - PUC-MG

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

Jefferson 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 – PUC-MG:
coletânea de artigos/Coordenação de Jefferson Carús Guedes; Juliana Sahione
Mayrink Neiva.
Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010.
368 p.
(Série Publicações da Escola da AGU, 1)
ISBN xxxx

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

CDD 341 (81)

SUMÁRIO

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

ARTIGOS

A Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Concessionárias de Serviço Público à Luz da Doutrina e Jurisprudência do STF <i>Adilson Alves Moreira Júnior</i>	7
Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças <i>Adilson Vaz da Silva</i>	21
Os Consórcios Públicos na Lei 11.107/2005: Aspectos Jurídicos. <i>Ana Flávia Borsali</i>	35
Da Concretude do Princípio da Moralidade <i>Bruno Gustavo Moreira Soares</i>	53
A Natureza Jurídica da Repactuação e sua Regulamentação pela Instrução Normativa n.º 02/08 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão <i>Cristiana Mundim Melo</i>	67
Parâmetros Jurídicos e Análise Crítica do Conceito de Preceito Fundamental <i>Fabício Rezende de Carvalho</i>	91
(Im) Possibilidade Jurídica da Utilização de Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro em Favor da Sociedade <i>Fernanda de Oliveira Azevedo</i>	107
Controle Jurisdicional dos Atos Praticados pelo Ministério do Trabalho e Emprego: um Estudo a partir da Nova Competência da Justiça do Trabalho <i>Iara Braga Tolentino</i>	121
A Repercussão Geral como Instrumento de Limitação ao Exercício do Direito Fundamental de Livre Acesso à Jurisdição – Definições E Contornos Jurídicos <i>Ivanilson Francisco dos Santos</i>	145
Efetividade dos Direitos Sociais e Controle de Políticas Públicas <i>Lígia Maria Veloso Fernandes de Oliveira</i>	163

A Fazenda Pública no Polo Ativo: alcance do art. 37, § 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. <i>Luciane Maria Silveira</i>	181
Contratos de Direito Privado da Administração:repensando um antigo problema <i>Luciano Medeiros de Andrade Bicalho</i>	195
Da Representação Judicial de Agentes Públicos pela Advocacia-Geral da União (AGU): análise da constitucionalidade do Artigo 22, da lei nº 9.028, de 12 de abril de 2005.183 <i>Márcio Versiani Penna</i>	221
A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito Brasileiro <i>Pedro Vasques Soares</i>	235
Da Aplicação Imediata dos Novos Planos Econômicos aos Contratos Vigentes <i>Perylla Castro Martins Veiga</i>	257
O Papel Constitucional das Forças Armadas e o Acesso do Militar ao Poder Judiciário <i>Renata Ricarte Domiciano Ferreira</i>	271
Considerações Sobre a Alienação de Bens Públicos Móveis no Âmbito da Administração Pública Federal <i>Rodrigo de Souza Nogueira</i>	297
Seguro-Desemprego: irregularidades e repetição de indébito <i>Silvana Regina Santos Junqueira</i>	313
Efetividade das Decisões das Instâncias Ordinárias como Fator de Reconstrução do Papel Constitucional do Supremo Tribunal Federal <i>Thaís Chaves Pedro Ferreira</i>	335
Advocacia-Geral da União: perspectivas, atribuições e proteção de direitos fundamentais <i>Valkiria Silva Santos</i>	351

EDITORIAL

A edição 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 Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), na realização Do Curso de Pós- Graduação em Direito Público. Apresentá-lo é o objetivo desta publicação.

O leitor encontrará nas páginas que se seguem a expressão e a pulsação de uma Escola de Governo que se preocupa com a difusão e a divulgação do conhecimento oriundo dos integrantes das carreiras jurídicas da Advocacia- Geral da União e órgãos vinculados, acolhendo suas urgências e as transformando em motivação para a pesquisa essencial na formação de sujeitos críticos, cidadãos conscientes e profissionais competentes.

Nesse contexto infere-se a preocupação da Escola da AGU com a manutenção de um fórum de debates à altura dos desafios do momento presente, contando com a participação contribuição e reflexão de seus integrantes sobre os temas jurídicos.

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 do novo diálogo que se busca travar com a sociedade.

Por fim, apresenta-se uma iniciativa que tem como referência a importância do aperfeiçoamento científico e profissional dos advogados públicos federais, ciente que estamos da complexidade da realidade jurídica atual.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Coordenadora-Geral da Escola da AGU

Jefferson Carús Guedes
Diretor da Escola da AGU

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO À LUZ DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STF

Adilson Alves Moreira Júnior
Advogado da União
pós-graduando em Direito Público pelo Instituto de
Educação Continuada - IEC da PUC Minas.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da concessão do serviço público; 2 Das fontes normativas; 3 Da doutrina; 4 Da jurisprudência; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Analisa a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado quando concessionárias de serviço público. Relata fontes normativas, posição da doutrina e jurisprudência quanto à necessidade de qualificação do sujeito passivo para fins de fixação da espécie de responsabilidade civil.

PALAVRAS-CHAVE: Concessão do serviço público. Responsabilidade civil da concessionária. Qualidade do sujeito passivo. Doutrina e jurisprudência.

ABSTRACT: It analyses the civil responsibility of the legal entrepreneurial entities of private law when acting as concessionaires of public service. It relates normative sources, position fo the doctrine and jurisprudence as to the need of qualification of the deffendant in court for fizing species of civil responsibility.

KEYWORDS: Concession of public service. Civil responsibility of hte concessionaire. Quality of the defendant in court. Doctrine and Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa aprofundar as discussões sobre a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado concessionárias de serviço público, face às divergências da doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Embora o art. 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRF/88)¹ não diferencie a responsabilidade civil a que se sujeitam as pessoas jurídicas de direito privado e as pessoas jurídicas de direito público quando concessionárias de serviço público, a jurisprudência tem entendido que as pessoas jurídicas de direito privado sujeitam-se à responsabilidade subjetiva quando os danos forem causados a terceiros, não-usuários do serviço público. A doutrina, por sua vez, diverge da questão.

1 DA CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Conforme dispõe o art. 175 da CRF/88, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos.

O instituto da concessão nasce da necessidade do estado atender melhor ao interesse público. Neste sentido, por vezes, o Estado não possui condições de prestar o serviço público diretamente de forma ideal. Daí, a necessidade de delegação do serviço.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello²:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Nas palavras de Marcelo Caetano³: “a concessão a particulares é o caso normal e típico, pois a concessão destina-se fundamentalmente a utilizar os recursos, a técnica e a produtividade da iniciativa privada em benefício da realização do interesse público”.

1 BRASIL. Presidência da República, 1988.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.680.

3 CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo II. Lisboa: Coimbra Editora, 1973. p. 1083.

Todavia, a titularidade do serviço concedido ainda permanece com o Estado. O concessionário desempenha o serviço enquanto isso for conveniente ao concedente e na forma que este estipular.

Não é por outra razão que o Estado pode dispor livremente sobre as condições em que o serviço deve ser prestado, modificando-as sempre que entender conveniente. Ao concessionário cabe apenas a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como forma de resguardar o lucro objetivado.

Neste sentido, ensina Hely Lopes Meirelles⁴:

Como o serviço, apesar de concedido, continua sendo público, o poder concedente — União, Estado-membro, Município — nunca se despoja do direito de explorá-lo direta ou indiretamente, por seus órgãos, suas autarquias e empresas estatais, desde que o interesse coletivo assim o exija. Nessas condições, permanece com o poder concedente a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da concessão, retornar o serviço concedido, mediante indenização, ao concessionário, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação.

Com efeito, o art. 29 da Lei nº 8.987, de 13/02/1995⁵, confere ao concedente poderes para impor que a prestação do serviço público esteja de acordo com sua conveniência; são eles: poder de inspeção e fiscalização; poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares; poder de extinguir a concessão antes do final do prazo inicialmente instituído; poder de intervenção e poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente.

O poder concedente não transfere a titularidade do serviço ao concessionário, nem tão pouco se despoja de qualquer prerrogativa pública. O serviço concedido é serviço do Poder Público, apenas executado por terceiro, em razão de pacto celebrado⁶.

2 DAS FONTES NORMATIVAS

A concessão de serviços públicos encontra previsão expressa no art. 175 da CRF/88 que dispõe: incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 359.

5 BRASIL. Presidência da República, 1995.

6 MEIRELLES, op. cit., p. 358.

Além disso, ao tratar da repartição das competências para prestação do serviço público entre a União, Estado, Distrito Federal e Municípios, a Constituição de 1988 enumerou poderes específicos para União, nos arts. 21 e 22; poderes remanescentes para os Estados, no art. 25; e poderes indicativos para o Município, no art. 30.

No campo infraconstitucional, a Lei nº 8.987⁷, de 13/02/1995, regulamentou o art. 175 da CRF/88, dispondo sobre o regime de concessão comum e permissão de serviços públicos, excetuando os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

A Lei nº 9.074, de 07/07/1995⁸, alterou algumas normas da Lei nº 8.987/95, dispondo sobre os serviços de energia elétrica e a reestruturação dos serviços concedidos.

A Lei nº 11.079, de 30/12/2004⁹, por sua vez, disciplinou a concessão especial de serviços públicos, sob duas modalidades: concessão patrocinada e concessão administrativa.

No que toca a responsabilidade civil, o §6º do art. 37 da CRF/88 dispõe que as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo e culpa.

O art. 25 da Lei nº 8.987/1995, ao tratar da responsabilidade civil, dispõe que incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos prejuízos causados ao poder concedente, a usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

3 DA DOUTRINA ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO CONCESSIONÁRIO

O §6º do art. 37 da CRF/88, quando dispôs que as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, deixou claro a sujeição às regras da responsabilidade civil objetiva, independente da prova de culpa.

7 BRASIL. Presidência da República. 1995. *Lei nº 8.987, de 13/02/1995*. Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: <<http://www.ceaam.net/lef/LF8987.htm>>. Acesso em: 25 set. 2008.

8 BRASIL. Presidência da República. 1995a. *Lei nº 9.074, de 07/07/1995*. Brasília, DF, 07 jul. 1995. Disponível em: <http://infoener.iee.usp.br/legislacao/legisla_nac/eletrico/leis/lei9074.htm>. Acesso em: 25 set. 2008.

9 BRASIL. Presidência da República. 2004. *Lei nº 11.079, de 30/12/2004*. Brasília, DF, 30 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 25 set. 2008.

A referida norma constitucional trouxe como principal inovação, em relação aos dispositivos das Constituições anteriores, a ampliação da extensão da responsabilidade objetiva, ao prever que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público sujeitam-se às mesmas regras de responsabilidade do Estado¹⁰.

Tal disposição acabou com a divergência doutrinária acerca da incidência da responsabilidade objetiva, no caso de concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. As Constituições anteriores, como a CF de 1946 e a CF 1967, faziam menção apenas às pessoas jurídicas de direito público interno e a pessoas jurídicas de direito público, nada dispondo sobre as entidades prestadoras de serviços públicos.

De fato, até a Constituição de 1988, a divergência doutrinária era explícita. O próprio Hely Lopes Meirelles¹¹ argumentava que:

Em edições anteriores, influenciados pela letra da norma constitucional, entendemos excluídas da aplicação desse princípio as pessoas físicas e as pessoas jurídicas que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de empresas estatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Todavia, evoluímos no sentido de que também estas respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros, pois, não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado.

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, Celso Antônio Bandeira de Mello¹² já sustentava que:

A prestação indireta de serviços não pode ser meio transversal de exonerar o Estado da responsabilidade objetiva a que se submeteria se os desempenhasse diretamente. Por isso, quem quer que exerça serviço público equipara-se a um agente do Estado e deve, por tal razão, submeter-se ao mesmo regime de responsabilidade do Estado, sob pena de fraudar-se o princípio da responsabilidade objetiva.

10 OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 199.

11 MEIRELLES, op. cit., p. 358.

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 119.

Ora, quando o concessionário recebe a delegação do Poder Público para prestar o serviço por sua conta e risco, recebe também a obrigação de prestar serviços adequados, sujeitos aos mesmos encargos indenizatórios que o Estado teria, se prestasse os serviços diretamente. O Estado só responde subsidiariamente quando se tratar de dano resultante do só fato do serviço, eis que continua sendo o titular deste.

Ruth Helena Pimentel de Oliveira¹³, por sua vez, ensina que:

A responsabilidade do concessionário e do permissionário de serviço público é regida por normas e princípios de direito público, pois, esses entes desempenham serviços públicos, estão investidos de poderes próprios do Poder concedente se a atividade objetiva atender às necessidades da coletividade. Se a prestação do serviço é transferida ao concessionário e ao permissionário, naturalmente acompanha-a a responsabilidade por atos decorrentes dessa prestação e segue a mesma natureza. Logo, a responsabilidade de tais entes delegados de serviços públicos é a mesma imposta ao Poder Público, caso realizasse a atividade diretamente.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴, ao comentar o art. 37, §6º da CRF/88 ensina que:

Para a deflagração da responsabilidade pública tal como prevista no art. 37, §6º, o texto constitucional não faz qualquer exigência no que concerne à qualificação do sujeito passivo do dano; isto é: não requer que os atingidos pelo dano sejam a título de usuários. Portanto, para a produção dos efeitos supostos na regra é irrelevante se a vítima é usuário do serviço ou um terceiro em relação a ele. Basta que o dano seja produzido pelo sujeito na qualidade de prestador do serviço público. Também não se poderia pretender que, tratando-se de pessoa de Direito Privado, a operatividade do preceito só se daria quando o lesado houvesse sofrido o dano na condição de usuário do serviço, porque o texto dá tratamento idêntico às “pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos”. Assim, qualquer restrição benéfica a estes últimos valeria também para os primeiros, e ninguém jamais sufragaria tal limitação à responsabilidade do Estado.

13 OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 2004.

14 MELLO, 2006. p. 729.

Ainda sobre a qualidade do sujeito lesado pelo dano, José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ também leciona que:

Há entendimento no sentido da inaplicabilidade da responsabilidade objetiva do concessionário, no caso de danos causados a terceiros, não usuários do serviço concedido. Em outras palavras, a responsabilidade objetiva só incidiria no caso de danos causados a usuários. Concessa venia, dissentimos da decisão. Na verdade, o texto constitucional não faz qualquer distinção a respeito, não cabendo ao intérprete fazê-lo. Ao contrário, as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos (como é o caso dos concessionários) estão mencionadas ao lado das pessoas jurídicas de direito público (art.37, §6º, da CF) para o efeito de se sujeitarem à responsabilidade objetiva. Desse modo, não há razão para a aludida distinção quando o próprio Estado causasse danos a terceiros e usuários de alguns de seus serviços, o que, é obvio, nunca foi sequer objeto de cogitação. O que pretendeu o Constituinte foi tornar equiparados, para fins de incidência da responsabilidade objetiva, o Estado e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, e isso porque, conforme já ensinava a doutrina mais autorizada, estas últimas são verdadeiras longa manus do Poder Público.

4 DA JURISPRUDÊNCIA

Em que pese a posição da maior parte da doutrina, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários de números 262.651-1/SP e 302.622-4/MG, manifestou-se em sentido totalmente diverso. Em ambos os julgamentos, as decisões tiveram a seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F, ART. 37, §6º.

I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, 6º, da CF.

15 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 319.

II – R.E. conhecido e provido.

Analisando os votos dos Ministros que participaram dos julgamentos, percebe-se que a votação não foi unânime. Ambos os casos tiveram o Ministro Carlos Velloso como relator e os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello foram vencidos.

Naquelas ocasiões, acolhendo a posição do Professor Romeu Felipe Barcellar Filho¹⁶, o Ministro Carlos Velloso entendeu que o instituto da responsabilidade civil objetiva, em se tratando de empresa concessionária de serviço público, somente se aplica ao usuário do serviço, como forma de dar proteção a quem é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal.

Segundo o entendimento do Ministro Carlos Velloso, a responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadores de serviço público ocorre apenas em relação aos usuários do serviço público; eis que a razão do art. 37, §6º, da CRF/88, seria a proteção do usuário do serviço, enquanto detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, com todas as garantias e benefícios inerentes à atuação pública.

Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso entende que a melhor exegese constitucional seria aquela que protegesse apenas o usuário do serviço público. Ao final, conclui o Ministro que estender a responsabilidade objetiva a não-usuários do serviço público prestado por uma concessionária ou permissionária seria ir além da *ratio legis*.

Ao discorrer sobre a pesquisa doutrinária realizada para a confecção do voto, o Ministro Carlos Velloso¹⁷ relata que encaminhou carta ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, solicitando-lhe um pronunciamento a respeito do tema, cuja resposta foi a seguinte:

Quando o texto constitucional, no §6º do art.37, diz que as pessoas ‘de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes nesta qualidade causarem a terceiros’, de fora parte indispensável causação do dano, nada mais exige senão dois requisitos para que se firme dita responsabilidade: (a) que se trata de pessoa prestadora de serviço público; (b) que seus agentes (causadores do dano) estejam a atuar na qualidade de prestadores de serviços públicos. Ou seja: nada se exige quanto à qualificação do sujeito passivo do dano; isto é: não se exige que sejam usuários, nesta qualidade atingidos pelo dano.

16 BARCELLAR FILHO. Romeu Felipe. Responsabilidade Civil Extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, PUC/RS e UFRGS, nº 6, p. 11-35, 2000. p. 11.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2004.

Com efeito, o que importa, a meu ver, é que a atuação sob a titulação de prestadora do serviço público, o que exclui apenas os negócios para cujo desempenho não seja necessária a qualidade de prestadora do serviço público. Logo, se alguém, para poder circular com ônibus transportador de passageiros do serviço público de transporte coletivo necessita ser prestadora de serviço público e causa dano a quem quer que seja, tal dano foi causado na qualidade de prestadora dele. Donde, sua responsabilidade é a que está configurada no §6º do art. 37.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, ratificando o entendimento do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, entendeu ser irrelevante a discussão quanto à qualidade ou condição pessoal da vítima, para fins de fixação da responsabilidade do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. A responsabilidade objetiva derivaria da natureza da atividade administrativa, que não se modifica em razão da simples transferência da prestação dos serviços públicos.

Em seu voto, o Ministro Joaquim argumenta que não há razão para conceder tratamento privilegiado às pessoas jurídicas de direito privado concessionárias ou permissionárias de serviço público, haja vista que se o serviço estivesse sendo prestado diretamente pelo Estado, a responsabilidade, no caso, seria, incontestavelmente, objetiva.

Em conclusão, argumenta o Ministro que introduzir uma distinção adicional entre usuários e não-usuários do serviço significaria um perigoso enfraquecimento do princípio da responsabilidade objetiva, cujo alcance, segundo a Constituição de 1988, foi ampliado.

Ao final, após ampla discussão sobre o tema, os Ministros que integram a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em votação majoritária, acolheram a tese do Ministro Carlos Velloso, restando vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello.

5 CONCLUSÃO

Em que a pese a posição sufragada no Supremo Tribunal Federal, fica a impressão de que o ordenamento jurídico, especialmente a Constituição de 1988, não explicitou, no art. 37, §6º, a qualidade do sujeito passivo, para fins de responsabilidade civil.

É certo que estas breves anotações não têm a pretensão de esgotar os vários aspectos relativos à responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado, quando concessionárias de serviço público. Entretanto,

a posição que parece mais acertada é a que admite a aplicabilidade das regras da responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado concessionárias de serviço público, independentemente da qualificação do sujeito passivo do dano. Como dito, a atual Constituição não delimitou a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço apenas aos usuários do serviço. A espécie de responsabilidade independe de o sujeito passivo do dano ser usuário do serviço ou não.

Segundo a melhor exegese do art. 37, §6º, da CRF/88, a responsabilidade civil objetiva das prestadoras de serviço público, sejam elas públicas ou privadas, decorre da natureza da atividade exercida. É despicienda a análise da qualidade do sujeito passivo. Basta a demonstração do dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente.

Quisesse a Constituição dar tratamento diferenciado aos usuários do serviço público, o teria feito de forma expressa. Se isso não ocorreu, não pode agora o intérprete fazê-lo.

Se admitíssemos a diferenciação entre usuários e não usuários do serviço público, tal discriminação teria que ser estendida à hipótese do serviço prestado diretamente pelo Estado. Afinal, o art. 37, §6º, da CRF/88, prevê que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público sujeitam-se às mesmas regras de responsabilidade do Estado. Caso o serviço fosse prestado diretamente pelo Estado, a responsabilidade por eventuais danos seria objetiva, independentemente de a vítima ser ou não usuária desse serviço.

No que toca ao Estado, é indubitoso que a diferenciação entre usuário ou não do serviço público é irrelevante para fins de fixação da espécie de responsabilidade civil. Como bem salientou o Ministro Joaquim Barbosa, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 262.651-1/SP, “introduzir uma distinção adicional entre usuário e não usuário do serviço significa um perigoso enfraquecimento do princípio da responsabilidade objetiva, cujo alcance o constituinte de 1988 quis o mais amplo possível”.

Por outro lado, a concessão não possui o condão de transformar o serviço público em privado. Se o funcionamento do serviço público causou dano ao indivíduo, a consequência deve ser suportada por todos. Não há razão para diferenciar o serviço público prestado diretamente pelo Estado do serviço público prestado pela concessionária.

O serviço é o mesmo, seja ele prestado pelo Estado ou não. Aliás, a concessão não transfere a titularidade do serviço. O Estado continua sendo o responsável. Tanto o é, que o Estado pode retomar a prestação do serviço e rescindir os contratos firmados.

Como bem ressaltou o Ministro Joaquim Barbosa¹⁸, “o concessionário apenas faz as vezes do Estado”. Desta feita, não é crível que a transferência da execução de um serviço originariamente público possa exonerar o executor das responsabilidades que teria o Estado, caso o executasse diretamente.

Por fim, é importante salientar que a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos limita-se às atividades vinculadas ao serviço prestado, ficando sob a égide da responsabilidade subjetiva os danos advindos de outras atividades¹⁹. O dano necessariamente deve advir da qualidade de prestador do serviço público.

É imprescindível que o dano causado pela prestadora do serviço público seja ligado ao desempenho do serviço concedido. Qualquer prejuízo advindo de atividade diversa da prestação do serviço não pode ser balizado pela responsabilidade objetiva; nesta hipótese, a responsabilidade deve guiar-se pelas regras do Direito Privado.

REFERÊNCIAS

BARCELLAR FILHO. Romeu Felipe. Responsabilidade Civil Extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, PUC/RS e UFRGS, nº 6, p. 11-35, 2000.

BRASIL. Presidência da República. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2008.

BRASIL. Presidência da República. 2004. Lei nº 11.079, de 30/12/2004. Brasília, DF, 30 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 25 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. 1995. *Lei nº 8.987, de 13/02/1995*. Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: <<http://www.ceaam.net/lef/LF8987.htm>>. Acesso em: 25 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. 1995a. Lei nº 9.074, de 07/07/1995. Brasília, DF, 07 jul. 1995. Disponível em: <http://infoener.iee.usp.br/legislacao/legisla_nac/eletrico/leis/lei9074.htm>. Acesso em: 25 set. 2008.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2005.

19 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 406.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2005. Recurso Extraordinário nº 302.622-4/MG. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 16 de novembro de 2004. *Diário de Justiça da União*, 29 de abril de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 262.651-1/SP. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 16 de novembro de 2004. *Diário de Justiça da União*, 06 de maio de 2005.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo II. Lisboa: Coimbra, 1973.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003.

CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQÜESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Adilson Vaz da Silva

*Advogado da União, Pós-graduado em Direito Público
pelo Instituto de Educação Continuada - IEC da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas*

Sumário: Introdução; 1 Aspectos relevantes;
2 Questões controvertidas; 3 Conclusão;
Referências.

RESUMO: O presente artigo pretende analisar fundamentos jurídicos para aplicação da Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, analisa qual a jurisdição é competente para conhecer e julgar as lides envolvendo seqüestro internacional de crianças e adolescentes, bem como a forma legal de buscar acionar os países signatários nas hipóteses de retirada ou permanência ilícita, fora de sua residência habitual. Para tanto, fixa uma noção do que seja residência habitual da família e a idade-limite máxima de 16 (dezesseis) do adolescente para aplicação da Convenção; estabelece, também, as hipóteses de não-retorno da criança ao seu país de origem.

O texto ainda pondera a respeito da competência jurisdicional interna da justiça federal para conhecer e julgar a lide envolvendo criança e adolescente; estabelece que a Secretaria Especial de Direitos Humanos, ligada à Presidência da República, será, no Brasil, a Autoridade Central para demandar e ser demandada nos assuntos referentes ao tema desse estudo, bem como fixa atribuição da Advocacia-Geral da União - AGU - para representá-la judicialmente em juízo.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção Sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Residência habitual. Competência. Autoridade Central. Guarda e visita. Advocacia-Geral da União. Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

ABSTRACT: This article analyses legal grounds (causa pretendi) for the implementation of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, and it examines which is the competent jurisdiction to know and judge lawsuits involving international abduction of children and adolescents, as well as the legal way to sue signatory countries in case of their wrongful removal or illegal permanence (retention) outside their habitual residence. For this proposal, a notion of familiar habitual residence is coined, as well the maximum age of the adolescent for the full application of the Convention, and the hypothesis of non-return of a child to his/her country of origin are taken into account.

The text still ponders about the inner jurisdictional competition of the federal court to know and judge proceedings involving children and adolescents, it establishes that, in Brazil, the Special Secretariat for Human Rights, linked to the Presidency, will be the Central Authority to sue and be defendant as to matters related to the subject of this study, and it fixes the attributions of the General Attorney of The Union to represent it judicially in court.

KEYWORDS: Convention on Civil Aspects of International Child Abduction. Habitual residence. Competence. Central Authority. Custody and visit. General Attorney of the Union. Special Secretariat of Human Rights.

INTRODUÇÃO

A tão falada globalização não atingiu somente a área econômica e de serviços, também propiciou uma maior circulação de pessoas entre os diversos países.

Com isso, os ordenamentos jurídicos internos não conseguem resolver, de forma eficaz, os diversos conflitos que aparecem em virtude da existência de filhos gerados a partir de relacionamentos entre pessoas oriundas de países distintos.

Assim sendo, foi assinada em Haia, na Holanda, em 25 de outubro de 1980, a Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças¹, promulgada, no Brasil, por meio do Decreto nº 3.413², de 14 de abril de 2000, e pelo Decreto nº 3.951³, de 04 de outubro de 2001.

Antes de vigorar a referida norma, era comum notícia a respeito de retirada abrupta de filhos de um país para o outro. Sem uma proteção legal no país para onde eram levados, muitos pais buscavam, de forma clandestina, os seus filhos.

Além disso, buscava-se burlar a legislação do país de origem, ou de residência habitual da criança, ao fundamento de fugir da legislação local que, teoricamente, não atendia aos interesses de quem retirou o menor do país onde vivia com o casal.

A referida Convenção, então, busca oferecer, aos pais que se sentem lesados em razão da transferência e ou da permanência ilícita dessas crianças nos países signatários, uma ampla prestação jurídica, de forma a garantir a mais ampla defesa e o acesso aos meios legais para reivindicar seus direitos.

É necessário, porém, fazer uma advertência, porque, segundo Francisco Rezek:

no plano interno, a autoridade superior e o braço forte do Estado garantem a vigência da ordem jurídica, subordinando compulsoriamente as proposições minoritárias à vontade da maioria, e fazendo valer, para todos, tanto o acervo legislativo quanto as situações e atos jurídicos que mesmo no âmbito privado, se produzem na sua conformidade. No plano internacional não existe autoridade superior nem milícia permanente. Os Estados se

1 The International Child Abduction Database (INCADAT). *The Hague Conference on Private International Law*. The International Child Abduction Database (INCADAT). (Conferência de Haia Sobre Direito Internacional Privado. Base de dados a respeito de sequestro internacional de menores). 1980.

2 BRASIL. Presidência da República, 2000.

3 BRASIL. Presidência da República, 2001.

organizam horizontalmente, e dispõe-se a proceder de acordo com normas jurídicas na exata medida em que estas tenham constituído objeto de seu consentimento (REZEK, 2005, p.1).

Assim sendo, uma grande dificuldade em se valer qualquer Convenção Internacional ainda reside na fragilidade dos sistemas de sanção, nem sempre respeitados.

Nesse sentido, disponho-me a discorrer, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, sobre os aspectos relevantes dessa Convenção, alçada como uma norma de direito público, embora de cunho privado, conforme elucidam Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho, citando Rui Assis e Santos, nos seguintes termos:

As relações privadas, no entanto, somente se conduzirão pelos novos princípios, uma vez adaptada a legislação interna correspondente. Entendemos, assim, que as normas sobre Direito de Família somente agora têm eficácia plena, com a vigência do novo Código Civil. Daí a importância da promulgação do novo Código Civil, eis que, quando àquele livro, os princípios e as regras ora postas romperam toda a sua textura, o que exigiu nova regulamentação, a exemplo do que ocorreu em Portugal, na Itália e em outros países em que se procedeu a reforma constitucional (BITTAR & BITTAR FILHO, 2003, p. 22).

Ademais, a Convenção, ora em análise, traz como ponto principal questões relativas à competência jurisdicional para solução de conflitos, que, por sua vez, são de ordem pública, irrenunciáveis, e devem ser conhecidas de ofício pelo magistrado.

A curiosidade em adentrar este tema tonificou-se quando passei a atuar em processos em que a União é parte autora em tais demandas, bem como pela novidade no ordenamento jurídico pátrio, mesmo entre os operadores do Direito, apesar de a Convenção estar em vigor há quase 10 (dez) anos no Brasil e há 30 (trinta) anos no mundo.

Dessa forma, nos propomos, no presente artigo, a averiguar o entendimento a respeito de como aplicar adequadamente a referida convenção.

1 NOÇÕES RELEVANTES DA CONVENÇÃO DE HAIA

Qualquer pessoa que tenha notícia da permanência, que queira assegurar o retorno imediato de uma criança que esteja de forma irregular em outro país, ou que queira regularizar questões de guarda e visita, poderá utilizar a presente Convenção.

As tratativas iniciam-se no país onde reside a pessoa que não está com a criança, doravante denominado país requerente. Ela deverá acionar a autoridade central. No Brasil, tal autoridade foi fixada por meio do Decreto nº 3.951/2001, designando a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça. Posteriormente, com a Lei nº 10.683⁴, de 28 de maio de 2003 —, a referida Secretaria passou a ser denominada Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, com as mesmas atribuições anteriores, inclusive as previstas na Convenção.

Inicialmente, as autoridades centrais devem privilegiar a solução por meio do processo administrativo ou extrajudicial; somente em caso de frustração deverão remeter à via judicial, por intermédio da Advocacia-Geral da União - AGU.

Um dos objetivos maiores da Convenção é a rápida solução da lide surgida em virtude da retirada ou da permanência irregular do infante fora de sua residência habitual. Com isso, deve-se buscar a máxima eficiência e rapidez na solução do caso. Muitas questões de fato, no entanto, como a relativa à localização da criança, neste imenso País, por exemplo, tornam-se um desafio, muitas vezes, difícil de ser solucionado.

Agora, quanto às questões processuais, o Direito Brasileiro é pródigo e oferece várias alternativas para o juiz analisar e julgar da maneira almejada pelo legislador, como, por exemplo, mediante ação ordinária de busca e apreensão cumulada, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, se existentes os requisitos previstos no art. 273, do Código de Processo Civil (CPC)⁵.

O núcleo da Convenção busca explicar quando uma criança pode estar ou permanecer, de forma ilícita, em outro país. Para tanto, fixa duas hipóteses, positivadas no art. 3º.

Primeiramente, enumera que o local para resolução de guarda ou visita é a residência habitual da criança, devendo o juiz, ao analisar o caso, verificar a sua existência; porém, no momento imediatamente anterior ao rompimento do casal, bem como diante de qualquer outra situação que comprove que foi alterada a residência habitual da criança, com a transferência ou retenção ilícita, este, portanto, é o foro competente para analisar essas questões e não onde ela se encontra depois de violado esse direito.

Logo na letra “b”, menciona-se um segundo caso, qual seja: o de que se tenha a guarda, exercida, de maneira efetiva, por um ou ambos os cônjuges, e um deles resolva transferir ou reter, ilicitamente,

4 BRASIL. Presidência da República, 2003.

5 BRASIL. Presidência da República, 2002.

o menor. Isso ocorrendo, qualquer um dos pais ou familiar poderá utilizar a Convenção, que, inclusive, abrange a legitimidade ativa para instituições ou qualquer outro organismo com responsabilidade em relação à criança seqüestrada.

O objeto da Convenção foi simplificar a aplicação ao caso concreto; por isso, a utilização do termo residência habitual. O legislador é sabedor das diversas teorias e distinções entre os significados de domicílio e residência. Para tanto, não se interessa muito em criar novos conceitos; apenas exige que o juiz verifique, ao julgar o caso, se o local onde a criança residia anteriormente à prática ilícita de transferir ou reter o menor era o local habitual e, por consequência, diferente do foro onde a ação foi proposta.

Importante ressaltar que, uma vez que o país para onde a criança foi transferida ou removida de forma contrária ao Direito, tenha notícia desse fato, não pode mais tomar decisões a respeito do fundo de direito, no que tange à guarda ou a visita. Muitas vezes, quando a União propõe ação de busca e apreensão, a parte adversa alega que já conseguiu, na Justiça Estadual, o direito de guarda provisória, mas, na verdade, essa decisão fica prejudicada, porque foi proferida por juízo absolutamente incompetente, fora da zona de residência habitual. Nesses termos, o juiz federal deve determinar ao Juízo Estadual que suspenda o feito, até que ele decida qual era, realmente, a residência habitual da criança.

Em caso de o juiz federal reconhecer que essa residência habitual seja no país onde vivia o casal, deverá julgar procedente não o direito de guarda ou visita, mas sim o direito da parte que se sentiu lesada com a transferência ou remoção ilícita de ter o direito regulamentado no país onde tinha residência habitual; portanto, aquela decisão judicial estadual perderá sua eficácia.

Por outro lado, decidindo pela improcedência da ação, julgando que a criança não deve ser devolvida ao país onde tinha residência habitual, o juiz federal deverá informar ao Juízo Estadual, para prosseguir o processo em relação à guarda e visita, decidindo de acordo com o caso concreto.

Já o direito de guarda, para a referida Convenção, é importante para se atribuir capacidade postulatória à parte que se sente lesada, no sentido de esta buscar defender, junto à autoridade central, sua pretensão de bem cuidar do filho e de tê-lo a seu lado. Tal instituto pode ser provado, de pleno direito, por meio de uma decisão judicial ou administrativa ou, ainda, de um acordo vigente segundo o Direito do Estado requerente.

A Convenção aplica-se somente até que a criança complete 16 (dezesseis) anos; após tal data deve-se buscar o direito local de cada país.

Atendendo à moderna maneira de legislar, a Convenção traz em seu bojo conceitos abertos e gerais, de forma que cada país possa adequá-la ao seu ordenamento interno e para que não necessite mudá-la constantemente, o que seria uma tarefa muito difícil, tendo em vista a grande quantidade de países signatários.

Assim sendo, em seu art. 5º, positivou-se que a guarda compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, em especial aquele relativo ao lugar de sua residência habitual, sendo esta, inclusive, essencial para se determinar o foro competente para propositura e julgamento das ações aqui tratadas.

Já o direito de visita traz, em seu conceito, uma situação de precariedade e transitoriedade; ou seja, ter uma criança, por um período limitado de tempo, em um lugar diferente daquele onde ela habitualmente resida.

Nesses termos, a União pode ajuizar, também, ações para se fazer respeitar o direito de visita e guarda que é essencial para que pais e filhos, que residam em lugares diferentes, não percam o contato familiar.

Isso posto, devem-se buscar as pormenorizações e decisões anteriores, no que tange a esses direitos, nos ordenamentos internos de cada nação, já que a Convenção apenas normatiza que os países devem enviar todos os esforços para que se cumpram as regras estabelecidas em relação à guarda e visita.

No que tange a guarda e como se trata de pais que vivem em nações diferentes, há muitos obstáculos para se conseguir, como espera o legislador pátrio, a subsunção perfeita, no que se refere ao compartilhamento de responsabilidades, competindo, portanto, ao país onde a criança residia de forma habitual, decidir quem tem melhores condições de exercê-la, sempre buscando os melhores interesses da criança e em caso de não cumprimento utilizar a Convenção para se fazer cumpri-la.

As autoridades centrais deverão enviar todos os esforços para que a referida Convenção tenha a máxima efetividade; dentre muitas coisas, deverão informar o endereço de uma criança transferida ou retida ilicitamente, adotar medidas preventivas para evitar danos a ela, resolver todos os litígios — de preferência, pela via administrativa e amigável — e possibilitar a devida assistência jurídica, quando necessário.

Assim sendo, se a criança foi retirada ilicitamente do Brasil, deve-se informar a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, ligada diretamente à Presidência da República, devendo esta conferir toda a documentação e as informações disponíveis, antes de requerer, ao país onde se encontra a criança, sua restituição ao Brasil.

Importante ressaltar que a União atua defendendo interesse próprio; ou seja, no sentido de fazer cumprir as obrigações estabelecidas

em tratados e convenções internacionais, não se tratando de substituição ou litisconsórcio necessário.

Agora, caso a criança esteja em território nacional de forma irregular, a referida Secretaria receberá a solicitação e deverá, então, fazer com que se cumpra, de forma eficiente, eficaz e rápida, os mandamentos da Convenção. Para tanto, deverá acionar, se necessário, a Interpol ou o S.O.S. Criança, para localizar o menor, propor uma solução amigável para o conflito ou acionar o Poder Judiciário, sempre por meio da Advocacia-Geral da União, para julgar os fatos e fazer cumprir a decisão que o caso demandar.

Em se tratando de pessoa estrangeira que esteja no Brasil e com criança de outra nacionalidade, a própria Polícia Federal poderá atuar de forma coativa e deportar tais pessoas, sem necessidade de autorização judicial.

Um dos princípios basilares da Convenção em vigor é o da solidariedade; nesses termos, qualquer pessoa, instituição ou organismo internacional que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada, de forma ilícita, de sua residência habitual, pode participar o fato à autoridade central do Estado de residência habitual da criança, levando consigo todas as provas que conheça para subsidiar a melhor atuação das autoridades competentes.

Visando atender, com máxima eficiência, aos pedidos de repatriamento, caso um país receba um pedido de restituição e ateste que aquela criança não mais está no seu território, deverá remeter, de imediato, tal pedido ao país onde se encontra o menor, nos moldes das conhecidas cartas precatórias itinerantes do Direito Processual Civil.

Como o objetivo maior da Convenção é a rápida solução do conflito, tendo em vista os melhores interesses da criança, ficou estabelecido, em várias conferências internacionais, que a solução amigável, extrajudicial e voluntária se revela como a melhor maneira de resolver os conflitos, devendo, portanto, deixar de se aplicar, ao infrator que praticou o ato ilícito, outras penalidades, caso ele concorde em acatar a medida administrativa de devolução do menor ao país requerente, sem maiores delongas.

Um segundo princípio basilar da presente Convenção é a celeridade processual, tanto que seu art. 11 fixa o prazo de 6 (seis) semanas para a autoridade central do país requerido apresentar uma resposta ao pedido de restituição. Deve-se ressaltar, porém, que esse prazo é extremamente exíguo para o Poder Judiciário conhecer e julgar, de forma exauriente, qualquer demanda. As maneiras que os países encontraram para tornar mais célere a resolução dos conflitos foram criar varas especializadas em solucionar esses casos, e disciplinar procedimentos próprios, como, por exemplo, a fixação do rito sumaríssimo, já existente no CPC.

A Convenção, a exemplo do Código Civil, nas ações possessórias, fixou o prazo de ano e um dia para estabelecimento do rito sumaríssimo; ou seja, caso tenham sido acionadas as autoridades a respeito da violação do direito de uma criança retirada, de forma ilícita, do país de sua residência habitual, o rito será o sumaríssimo; do contrário, será ordinário.

Uma das questões mais delicadas e tormentosas para as autoridades judiciais tem sido a concessão de liminar para retorno da criança à sua residência habitual, principalmente quando quem a retém é a mãe. Ao que parece, porém, o objetivo principal da Convenção não é fixar guarda ou visita, e sim o juízo competente para regular tais institutos. Nesses termos, ainda que seja a mãe brasileira, mas que mantinha residência habitual em outro país e não exista, entre os motivos da retirada da criança da tutela da mãe, comprovação de que, à época da transferência ou retenção, esta não exercia, de forma efetiva, os cuidados com a criança, ou que exista risco grave de o menor, no seu retorno, ficar sujeito a perigos de ordem física ou psíquica ou a qualquer situação intolerável, deve-se deferir o retorno ao país de sua residência habitual.

Dessa forma, pode-se chegar a algumas conclusões como, por exemplo: (a) dificilmente o magistrado poderá conceder busca e apreensão, em uma antecipação de tutela, sem, antes, ouvir a parte contrária, já que esta poderá trazer aos autos provas que impedirão o retorno da criança ao seu país de origem, ao menos liminarmente; (b) o ônus da prova de qualquer alegação que implique impedimento do retorno da criança cabe à parte que a alegar.

É importante, no entanto, frisar que várias análises são feitas, ainda no momento anterior à propositura de qualquer ação judicial, tanto pela autoridade central do país requerente quanto pela autoridade do país requerido. No caso brasileiro, a Advocacia-Geral da União tem se negado a propor algumas ações em que não há documentos a respeito da situação social em que vivia a criança no país de residência habitual ou de quem possuía sua guarda.

Visando desburocratizar a aplicação da Convenção, os juízes estão incentivados a conhecer as legislações ou as decisões estrangeiras, sem ter de recorrer a procedimentos específicos e, muitas vezes, demorados, podendo até mesmo indicar o sítio na internet onde obteve, pessoalmente, a referida normatização.

Entre tantas medidas que a Convenção estabelece para tornar o procedimento mais célere, principalmente na via judicial, está no seu artigo 15, que afirma que a Autoridade Central do país requerente pode e deve instruir o processo no juízo do país onde está retida ou

permanece a criança, de forma ilícita, tudo de forma a melhor instruir o processo e a convencer os magistrados.

Assim, também fixa, logo no artigo seguinte (16), que, ocorrendo informação a respeito da entrada ou permanência ilícita de menores, o juízo local, do país requerido, não pode decidir a respeito das relações de guarda e visita, já que se trata de uma questão prejudicial ao exame do mérito. Assim sendo, somente após decidido, na Justiça Federal, quanto à questão de competência do foro da residência habitual do casal e da criança e sendo esta julgada improcedente, declarando, então, que a criança não retornará ao seu país de origem, é que poderá o Juízo Estadual fixar a guarda e o regime de visitas.

Ainda que já tenha ocorrido a decisão definitiva, na ação de guarda, perante a Justiça Estadual, não há impedimento legal em relação à ação que tramitará, na Justiça Federal, a respeito do retorno da criança ao país de sua residência habitual.

Para não dificultar o acesso à Justiça, bem como para melhor tutelar os direitos da criança e do adolescente, as autoridades centrais devem enviaar todos os esforços para que não se efetue qualquer tipo de cobrança financeira ao processar ou julgar as ações previstas na Convenção.

Nesses termos, todos os documentos encaminhados pelos países requerentes devem ser lavrados nas suas línguas oficiais e traduzidos para o idioma do país requerido.

2 ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Ao analisar os casos de busca e apreensão com autorização de retorno ao país de residência habitual, o juiz se defrontará com a dúvida em relação à possibilidade ou não de estar remetendo, de forma compulsória, um brasileiro nato, em afronta ao artigo 5º, inciso LI, da Constituição Federal (CF).⁶

A presente Convenção, no entanto, veio a regulamentar uma peculiaridade, dentro do Direito Internacional, de cooperação entre as nações, e trata de aspectos civis; ou seja, qual o foro competente para regular o direito de visita e guarda de crianças e, por consequência, o direito de viver com seus familiares.

Pode-se até admitir um aparente conflito constitucional entre o direito de família, previsto a partir do art. 226 da Constituição, e o direito de não ser enviado para outro país, registrado no art. 5º.

Deve-se ter em mente, porém, que o menor não escolheu viver ou permanecer no país em que lhe está sendo imposto por pai, mãe

6 BRASIL. Constituição (1988).

ou familiar; simplesmente foi trazido, à sua revelia, em detrimento do restante de seus entes queridos, de outra nacionalidade. Assim sendo, ao atingir a maioridade, poderá escolher livremente em qual país morar e, se ainda não estiver optado pela nacionalidade brasileira o fizer, atendidas as condições do texto máximo do país, será considerado nato, conforme artigo 12, inciso I, letra “c”, da CF.

Não se fala, portanto, em extraditar, expulsar ou deportar uma criança. Não se dá, em casos tais, tratamento semelhante ao que seria próprio a uma pessoa não desejada no território nacional. Ao contrário, se lhe outorga o direito de desenvolver ao lado da pessoa que apresente as melhores condições para cuidar do seu crescimento.

Outra questão que se apresenta no Judiciário refere-se à legitimidade de o juiz federal processar e julgar os feitos abrangidos pela Convenção. O art. 109, III, da CF, porém, é claro, ao lhe atribuir competência quanto às causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado Estrangeiro.

Da mesma forma, a atuação da Advocacia-Geral da União, porque o art. 131 da CF fixa as atribuições dessa instituição de representar, judicialmente e extrajudicialmente, a União e, como cabe a essa não somente o papel de cumprir, mas, também, de fazer cumprir os compromissos assumidos perante a comunidade internacional, é patente a legitimidade ativa *ad causam* da União e a processual da AGU, defendendo interesse próprio e não como substituto ou litisconsórcio necessário.

3 CONCLUSÃO

Passados trinta anos da criação da *Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças* e quase 10 anos da sua introdução, pelo Brasil, em seu ordenamento jurídico, os operadores do direito e a sociedade carecem de segurança na sua aplicação, não existindo, ainda, uma jurisprudência consolidada, principalmente em relação aos seus pontos controvertidos.

Nesse contexto, é necessário maior aprofundamento tanto dos operadores do Direito quanto da doutrina, a respeito do tema, porque a demanda está crescendo muito, em virtude do maior trânsito de pessoas entre os diversos países do mundo, estimulado pela onda da globalização.

Vê-se que o intuito principal da Convenção é fixar a jurisdição competente para regular as questões de guarda e visita de menores; por isso, os prazos são tão exíguos para solução das controvérsias, já que não se poderão suscitar novos pedidos na referida ação judicial.

A Convenção trouxe, como o novo Código Civil Brasileiro, conceitos abertos e indeterminados, como, por exemplo, residência habitual. Isso, segundo a melhor doutrina, confere constante atualidade ao texto normativo e evita constantes mudanças do mesmo.

O objetivo da Convenção é o imediato retorno da criança que está fora de sua residência habitual, para tanto, faz todo o esforço normativo para que isso ocorra de maneira menos traumática para criança e de forma mais célere, devendo aplicar o rito sumaríssimo, previsto no CPC, quando o pedido for feito antes de um ano da retirada ou da permanência ilícita.

Para tanto, considera que o ato se torna ilícito quando se retira a criança de um país em violação ao direito de guarda que outro familiar, instituição ou entidade possuía sobre o menor, evidentemente sem o consentimento destes.

As ações de restituição de menor deverão ser propostas pela Advocacia-Geral da União, perante a Justiça Federal, conforme preceitua o art. 109, incisos III e 131, todos da CF.

Somente em caso de comprovação de que a criança sofria ou poderia vir a sofrer qualquer tipo de maus-tratos ou de que já tenha discernimento para decidir em qual localidade deseja morar é que o magistrado poderá negar a restituição.

Isso posto, a Convenção constitui importante instrumento do ordenamento jurídico internacional, precisamente porque visa à proteção e ao bem-estar de todas as crianças do mundo.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. *Constituição* (1988). Vade Mecum: atualizado até a Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Civil. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 3.951, de 04 de outubro de 2001. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 05 out. 2001. Disponível em: <<http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/>>

Camara/internet/comissoes/cdhm/ComBrasDirHumPolExt/Decret3951.pdf>. Acesso em: 25 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 17 abr. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 25 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 29 mai. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.683.htm>. Acesso em: 25 set. 2008.

Rezek, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

The International Child Abduction Database (INCADAT). *The Hague Conference on Private International Law. The International Child Abduction Database (INCADAT)*. (Conferência de Haia Sobre Direito Internacional Privado. Base de dados a respeito de seqüestro internacional de menores). 1980. Disponível em: <www.incadat.com> e em <www.hcch.net>. Acesso em: 25 set. 2008.

OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS NA LEI 11.107/2005: ASPECTOS JURÍDICOS

Ana Flávia Borsali
Procuradora da União. Pós-graduada em Direito Público
pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-MINAS)..

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Federalismo Cooperativo como arcabouço fático do surgimento dos Consórcios Públicos, 2 Os Consórcios Públicos como mecanismos mais adaptados do que os Convênios; 3 Delineamentos do Regime Jurídico dos Consórcios Públicos, 4 Os Consórcios Públicos como entidades integrantes da Administração Pública Indireta; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: Trata-se de sintético artigo destinado a analisar os delineamentos jurídicos do instituto que nasce com a Lei 11.107/05, os Consórcios Públicos, suas características fáticas, sua natureza jurídica, seu contexto de nascimento, bem como sua adequação no mundo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 11.107/05. Consórcios Públicos. Federalismo Cooperativo. Macanismo Mais Adaptado. Convênios. Regime Jurídico. Administração Pública Indireta. Implementação De Interesses Comuns. Entidades Da Federação.

ABSTRACT: It is a synthetic paper which analyses the juridical outlines of the entity that was born thanks to the Law 11.107/05, the Public Consortiums (Consortia), their characteristics, their juridical nature, their context of birth, as well as their adequacy to the juridical world.

KEYWORDS: Law 11.107/05. Public Consortiums (Consortia). Cooperative Federalism. More adapted mechanism. Pacts. Judicial System. Public Indirect Administration. Ordinary Interests Implementation. Federative Entities.

INTRODUÇÃO

A Lei 11.107/05, que traz os delineamentos do instituto do consórcio público, nasce com a finalidade de ser o marco regulatório do art. 241 da Constituição de 1988. Referido artigo constitucional ficou durante esses 20 anos sem regulamentação, em um limbo jurídico, o que trouxe conseqüências danosas para consecução de finalidades públicas que demandam atuação cooperativa entre as entidades federação.

A doutrina administrativa mais tradicionalista, que tem como precursor Hely Lopes Meirelles, sempre entendeu que a diferença entre consórcios e convênios residia em seus participantes. O Convênio seria um pacto em que os partícipes poderiam ser pessoas de natureza diversa. Já o Consórcio teria que, necessariamente, envolver pessoas jurídicas de uma mesma natureza.

Hely Lopes Meirelles leciona que:

O que caracteriza o consórcio e o distingue do convênio é que este é celebrado entre pessoas jurídicas de espécies diferentes e aquele só o é entre entidades da mesma espécie. (MEIRELLES, 2004, p. 389)

Percebe-se, claramente, a superação da teoria exposta acima, quando do advento da Emenda Constitucional 19/1998, que alterou a redação do art. 241 da Constituição de 1988. A nova redação estabeleceu a possibilidade de se realizar tanto convênios de cooperação quanto consórcios entre os entes federados.

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998).

Dessa forma, resta claro que a velha distinção doutrinária, entre convênios e consórcios, não mais subsiste.

O nascimento da Lei 11.107/05 é consentâneo com os novos Princípios que norteiam a Administração Pública, pautada principalmente pela Eficiência e pela Moralidade. A coerência também existe com o modelo estatal vanguardista, que prega e estimula parcerias entre o privado e o público. Tal idéia rompe, bem como, entra em total contraposição com o modelo de Estado Social, ou, “Welfare State”, monopolizador dos serviços públicos a serem prestados à sociedade.

Referida tendência moderna surge no momento em que o Estado, por razões históricas, com raízes nas gerações de direitos, se vê sobrecarregado de funções e deveres. Assim, este modelo estatal traduz uma máquina estática e extremamente lenta, que mais burocratiza o serviço público do que o presta de maneira eficiente. Tais fatos levaram a um endividamento interno e à idéia, difundida na sociedade, de um estado inadimplente.

A crise do estado do bem-estar social levou os doutrinadores e cientistas do direito a buscar na sociedade civil alternativas para responder as necessidades da população por bens e serviços, que em um passado recente, eram totalmente de responsabilidade estatal. De acordo com Luciano Medeiros de Andrade Bicalho:

A reforma do Estado de Bem Estar Social idealizado em meados do século passado não é apenas uma idéia do que se denominou chamar de neoliberalismo. É uma necessidade premente. O Estado burocrático, rígido, estático e dispendioso não atende mais às necessidades de uma era de globalização da produção e do consumo, de estreitamento de relacionamentos através da revolução nos meios de comunicação que se encontra em curso. De uma era de grande densidade populacional nas urbes, o que enseja o surgimento de demandas cada vez mais onerosas de infra-estrutura básica de saúde, educação, saneamento, dentre outras. (BICALHO, 2006, p. 6)

Os consórcios públicos surgem, conjuntamente com outros institutos, como as parcerias público-privadas, os contratos de gestão com Organizações Sociais e Organizações da Sociedade de Interesse Civil, dentre outros, exatamente na tentativa de se responder mais adequadamente às demandas deste novo milênio. Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que:

Urge substituir a chamada administração pública burocrática, que se alega ser rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, pela denominada administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento ao cidadão (DI PIETRO, 1999, p. 581).

No mesmo sentido, argumenta Cristiana Fortini:

Há a tendência de flexibilização dos rígidos modos de atuação do Estado. Advoga-se a substituição da Administração Pública verticalizada, hierarquizada pela Administração Pública pautada pela marca da consensualidade (FORTINI, 2007, p. 1).

1 O FEDERALISMO COOPERATIVO COMO ARCABOUÇO FÁTICO DO SURGIMENTO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Insta salientar que o nascimento do instituto do Consórcio Público também ratifica o Princípio Geral Federativo insculpido no inciso III, do art. 19 da Constituição de 1988. O termo federalismo vem do latim “*foederis*” que traduz pacto ou aliança. O federalismo prega que deve haver uma convergência de forças das entidades federativas que compõem a nação, no intuito de melhor administrar a “*res pública*”. Em um Estado Federal, os Estados Membros almejam não somente a manutenção de sua autonomia, uma vez que, a cooperação mútua na consecução de objetivos comuns é altamente visada.

Na lição de Marçal Justen Filho, analisando Vedel:

Qual é, então, do ponto de vista político, o espírito de Federalismo? É precisamente o espírito de associação. Ao se agrupar no seio de um Estado Federal, os Estados associados aceitam uma autoridade comum para o seu bem, para todos e para cada um, mas conservando um domínio próprio, que se manifesta pela sobrevivência de uma Constituição, de uma legislação, de uma administração e de uma justiça própria (JUSTEN FILHO, 2008, p. 8).

Konrad Hesse aduz que:

O Federalismo expressa, como princípio fundamental político, a livre unificação de totalidades políticas diferenciadas, fundamentalmente, com os mesmos direitos e regras regionais que, deste modo, devem, ser unidas para colaboração comum (HESSE, 1988, p. 180).

Na história do Federalismo brasileiro, um dos primeiros textos a expressar a idéia de cooperação foi a Constituição do Estado de São Paulo de 14 de julho de 1891. De acordo com o art. 60 da referida Constituição:

As municipalidades poderão associar-se para realização de quaisquer melhoramentos, que julguem de comum interesse, dependendo, porém, de aprovação do Congresso as resoluções que nesse caso tomarem.

O instituto do consórcio ganha ainda mais relevância quando se analisa o advento do que a doutrina batizou de federalismo cooperativo. O federalismo cooperativo nada mais é do que a organização ou sistematização de objetivos ou competências comuns, que devem ser

buscadas em conjunto pelos entes da federação, em um instrumento normativo, no caso a Constituição da República Federativa. É a criação de mecanismos que viabilizam a atuação cooperativa.

No Brasil, a pioneira em abordar o federalismo cooperativo foi a Constituição de 1934, que institui, ao lado das competências privativas da União e remanescentes dos Estados, um rol de competências comuns. Em consonância com o art. 10 da referida Constituição:

Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados:

I - velar na guarda da Constituição e das leis;

II - cuidar da saúde e assistência públicas;

III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte;

IV - promover a colonização;

V - fiscalizar a aplicação das leis sociais;

VI - difundir a instrução pública em todos os seus graus;

VII - criar outros impostos, além dos que lhe são atribuídos privativamente.

A Constituição de 1988 expressa e literalmente adotou a idéia do federalismo cooperativo. Aduz o seu art. 3º:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A validade de todo e qualquer mecanismo de cooperação federativa está adstrita ao cumprimento dos objetivos esposados no aludido art. 3º. O rol de competências materiais comuns aos entes da federação está expresso no art. 23 da Constituição de 1988. Entretanto, o federalismo cooperativo permeia todo o texto da Constituição. Cite-se como exemplo: art. 23, parágrafo único (cooperação visando o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional), art. 25, parágrafo terceiro (instituição de regiões metropolitanas), art. 198 (Sistema Único de Saúde), além do próprio art. 241 que norteia as presentes exposições.

2 OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS COMO MECANISMOS MAIS ADAPTADOS DO QUE OS CONVÊNIOS

Deve-se ressaltar que a maneira mais comum e mais utilizada para a consecução de interesses comuns da União, Distrito Federal, Estados e Municípios entre si, tem sido a pactuação de convênios. Várias vantagens e fruições públicas foram adimplidas através de convênios firmados, entretanto, o instituto traz fragilidades e lacunas que devem ser apontadas, vez que estas foram responsáveis para o impulsionamento na regulamentação dos consórcios públicos.

O Convênio traduz a necessidade do agrupamento dos entes federativos na consecução de interesses comuns. Dentre as características do convênio o aspecto mais importante que deve ser destacado é a mútua colaboração. Dita colaboração pode ser traduzida em várias atitudes, desde o repasse de verbas, que é o mais comum, até a reunião de esforços para traçar um Plano de Trabalho. Em consequência disso, no convênio não se cogita de preço ou remuneração (o que é inerente nos contratos). Outra consequência importante da cooperação mútua é a desnecessidade de licitação, pois não há que se falar em competição. Decorre também desse fato a ausência de cláusulas de permanência obrigatória e de sanções pela inadimplência.

É exatamente a impossibilidade de haver cláusulas de permanência obrigatória cumulada com a ausência de sanções em razão do não cumprimento de qualquer das disposições do acordo, que fez com que se começasse a apontar as primeiras inadequações do convênio. A doutrina e a jurisprudência estão permeadas de exemplos em que entidades federativas permaneciam no Convênio somente até o momento em que era conveniente e proveitoso. O marco temporal em que as primeiras dificuldades e obstáculos surgem no Convênio tende a corresponder ao seu fim, vez que, o bônus é almejado, mas, o ônus parece não ter proprietário.

O fato gerou o nascimento de inúmeros Convênios já fadados a morte, ou ajustes interesseiros e oportunistas. Consequência do explicitado foram as milhares de seqüelas na sociedade, vez que, projetos sociais eram iniciados, a

população obtinha melhorias, fruía benefícios, que abruptamente eram cessados. Expectativas eram incessantemente frustradas.

Patente é o fato que tais dificuldades precisariam ser ultrapassadas. A Lei 11.107/2005 soluciona alguns destes conflitos, em especial a superação da precariedade, característica do convênio, e o estabelecimento de pactos e ajustes mais permanentes e contínuos.

Inova a Lei 11.107/2005 ao sustentar que os Consórcios Públicos não são meros ajustes entre entidades federativas. O instrumento normativo ultrapassa a idéia clássica de pactos de cooperação, no momento em que estipula que, nos Consórcios formar-se-á verdadeira personalidade jurídica própria. A “mens legis” é que, as entidades federativas no momento em que demonstrem o interesse em atingir uma finalidade comum, tragam ao mundo jurídico um novo ser, uma nova entidade, com objeto, patrimônio e pessoal próprio.

Caso dita personificação não ocorresse, não seria possível traçar diferenças entre convênios e consórcios públicos, sendo que, haveria explícito retrocesso à doutrina liderada por Hely Lopes Mirelles, no que diz respeito à antiga distinção entre os institutos. Ademais, a norma constitucional que visa criar a figura do consórcio público perderia sua eficácia, no momento em que se decidisse pela não personificação da figura, vez que, se estaria diante de um mera modalidade de convênio.

Logo, os Consórcios Públicos devem ser tratados como entidades ou seres. Marçal Justen Filho, por exemplo, entende que a criação de um Consórcio entre pessoas administrativas, destituído de personalidade própria, seria um contra senso, vez que:

Corresponderia a uma associação temporária entre pessoas estatais, voltada a execução de um certo projeto, em que a contratação se faria em nome dos consorciados (JUSTEN FILHO, 2005, p. 20).

E continua o autor afirmando que:

Consórcio Público é uma manifestação conjunta e concomitante da atuação de diversos entes federados. Portanto, não é pura solução organizatória interna, por meio da qual um certo ente federado racionaliza o modo de promover o cumprimento de seus encargos. Tal figura propicia o surgimento de sujeitos a quem serão investidas, de modo permanente e contínuo, a execução de tarefas de competência própria dos entes federados (JUSTEN FILHO, 2005, p. 20).

A ausência de personalidade jurídica dos consórcios, conforme bem observou Alice Gonzáles Borges (2008, p. 3), limitava em muito sua liberdade de ação e o êxito de seus objetivos.

Marçal Justen Filho explica que tal fenômeno não é peculiaridade brasileira, podendo-se observar modelos semelhantes em outros países, em especial nos do continente europeu, como, por exemplo, na Itália.

As comunas e as províncias podem constituir, ainda, *um Consórcio para gestão associada de um ou mais serviços. Trata-se de uma estrutura organizativa e autônoma, que tem a sua própria personalidade jurídica* para desenvolver de modo associado um ou mais serviços, enquanto na titularidade dos entes locais particulares restam as funções administrativas (JUSTEN FILHO, 2005, p. 18).

3 DELINEAMENTOS DO REGIME JURÍDICO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Ultrapassada a questão da necessidade de personificação do consórcio público, passa-se à análise de ponto relevante da presente abordagem. Os delineamentos do regime jurídico a ser adotado por este novo ente, suas características e peculiaridades.

É sabido que o regime jurídico administrativo se sustenta sob dois pilares de igual importância.

A indisponibilidade do interesse público traduz-se na noção da finalidade pública da administração, constituindo-se numa clara limitação das faculdades e poderes reconhecidos ao administrador. A indisponibilidade do interesse público subtrai do administrador as capacidades próprias de quem titulariza o domínio. Assim, um dos corolários mais expressivos dessa limitação resume-se à inarredabilidade, na indeclinabilidade, na inadmissibilidade de o administrador deliberadamente negar-se em cuidar daquilo que constitui sua razão e finalidade.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A indisponibilidade do interesse público significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 43-44).

A supremacia do interesse público sobre o interesse particular, também pedra de toque do regime jurídico administrativo, hoje mitigado por alguns (ÁVILA, 2001, p. 29), sustenta a idéia da renúncia individual de pretensões particulares projetadas sobre bens que afetam a coletividade. A invocação desse princípio é devida quando torna viável produção de

benefícios a serem gozados por todos aqueles que integram a comunidade. A Supremacia do interesse público sobre o particular é o fundamento das prerrogativas outorgadas à Administração para a realização do interesses da coletividade (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 45).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro resume bem a idéia dos Princípios basilares do regime jurídico administrativo:

De um lado a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de necessidade de satisfação de interesses coletivos, que conduz a outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem – estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos (DI PIETRO, 2001, p. 65).

A Lei 11.107/05 prevê que os consórcios públicos poderão adotar personalidade de direito público, ou de direito privado sem fins lucrativos (art. 6º). No primeiro caso constituir-se-iam Associações Públicas, espécie de autarquia (art. 6º, I). No segundo, seriam associações civis (art. 6º, II).

Quando se opta pela adoção da natureza jurídica de direito público, com a conseqüente criação das Associações Públicas, espécie de autarquia, há autores que defendem uma nova nomenclatura para tais entes: seriam Autarquias Interfederativas, denominação muito coerente e feliz por retratar de forma exímia a realidade fática. Leciona Marçal Justen Filho, com muita clareza:

Portanto o Consórcio Público é uma figura muito mais próxima à autarquia do que as demais entidades integrantes da Administração Indireta (no esquema clássico do Dec-lei nº 200). Talvez até se pudesse afirmar que o consórcio público se configura como uma modalidade especial de autarquia.

A Constituição poderia ter denominado a figura como autarquia interfederativa. Mas é evidente que a variação terminológica, nesse ponto, é irrelevante (JUSTEN FILHO, 2005, p. 22).

Poderia cogitar-se, em casos de opção pela personalidade jurídica de direito privado, a adoção da forma de fundação pública. Entretanto, quando se analisa o art. 15 da aludida Lei, verifica-se o estabelecimento de aplicação subsidiária, nesses casos, à legislação que rege as associações

civis. Neste ponto, conclui-se que não há possibilidade de criação de consórcio público com natureza jurídica de fundação pública.

Verifica-se, assim, que a Lei 11.107/05 deixou no campo da discricionariedade das entidades participantes de cada Consórcio a opção acerca da natureza jurídica do ente que nasce com o ajuste. A norma regente dos Consórcios Públicos, de forma inovadora, autoriza uma faculdade para as entidades federativas interessadas, a criação de uma pessoa jurídica de direito público, ou o advento de nova pessoa jurídica de direito privado.

No momento em que se constatou a faculdade, através do texto da Lei 11.107/05, uma parte da doutrina criticou veementemente a opção no sentido de adotar a natureza jurídica de direito privado.

Nesse sentido Alice Gonzalez Borges sustenta:

Não nos parece que a personalidade de direito privado seja adequada para reger as relações a serem travadas exclusivamente entre pessoas de direito público interno. Ainda mais quando a lei em comento traçou uma série de competências para os consórcios públicos em geral [...] sem distinguir-lhes a espécie de regime jurídico. Ora, o desempenho de algumas dessas competências efetivamente não se coaduna com um regime de direito privado (BORGES, 2005, p. 10).

A opinião de Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira não é distinta:

Tratando-se da reunião de pessoas jurídicas de direito público, tal modelagem causa estranheza, podendo suscitar inúmeros questionamentos (MEDAUAR; OLIVEIRA, 2005, p. 27).

Entretanto, esta não parece ser a posição mais adequada.

É que se deve ter em mente que o regime de direito privado é híbrido ou mitigado. Tal figura não nos causa estranheza pelo fato da própria Constituição de 1988 elencar figuras semelhantes. Cite-se como exemplo as sociedades de economia mista e empresas públicas que exercem serviço público. Referidas entidades, na maioria das vezes, revestem-se de natureza privatística, e ainda assim exercem serviço público. O fenômeno só é possível em razão das mitigações e influências das normas de direito público que a CR/88 determina em tais casos.

Comentando a mitigação constitucional às pessoas de direito privado que integram a Administração Pública Indireta, José dos Santos Carvalho Filho aduz que:

Em nível constitucional, sempre é relevante observar que os princípios se impõem a todas as esferas federativas, abrangendo a administração direta e a indireta. Não há, portanto, qualquer restrição quanto à esfera de aplicação nos princípios administrativos constitucionais básicos – a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência (art. 37, caput da CF, com redação que lhe deu a EC nº 19/98). A Constituição proclama, além desses, outros princípios específicos, que se aplicam a situações particulares no cumprimento, pelo Estado, de sua função administrativa, como é o caso do concurso público, da prestação de contas, da responsabilidade civil e outros do gênero (CARVALHO FILHO, 2004, p. 366).

Nos Consórcios Públicos que optem por criar pessoa jurídica de direito privado a situação não é distinta. Não bastassem as determinações da própria CR/88 para que nesses casos o regime seja privado, porém com características híbridas, a Lei 11.107/05 também trouxe dispositivos nesse sentido. De acordo com o art. 6º, parágrafo 2º da lei em comento, o consórcio com natureza de direito privado observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal. Observará, também, as normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas na execução de suas receitas e despesas (art. 9º da Lei 11.107/05).

Como bem destaca Leni Santos:

A subordinação às regras e aos princípios da administração pública vincula-se sempre à origem dos recursos administrados e ao exercício de função pública. Se são públicos os recursos e a função executada também é pública, não se deve perquirir a natureza jurídica da pessoa que administra os recursos. Seja pública ou privada, estará obrigada a respeitar o regime publicista: moralidade, publicidade, impessoalidade, licitação, concurso público, controle de contas (SANTOS, 2001, p. 12).

Neste ponto, relevante tecer críticas acerca da redação da Lei 11.107/05. É que tal instrumento normativo silenciou a respeito de tema que pode causar dúvidas. Uma vez determinado no próprio texto legislativo, que a pessoa jurídica resultante do Consórcio Público poderá ter natureza pública ou privada, deveria o legislador ter estipulado parâmetros acerca do tipo de vínculo possível a ser seguido no que diz respeito ao regime de pessoal.

Se a pessoa jurídica tiver natureza de direito privado, fica claro concluir que o seu regime de pessoal será regido pela CLT, vez se tratar

da existência de empregados públicos (ressalvadas as mitigações já apontadas).

Porém, se os entes federativos optarem por criar pessoa jurídica de direito público, questiona-se, serão contratados empregados públicos ou servidores estatutários? A dúvida vai além quando se verifica a possibilidade fática de se misturarem os vínculos jurídicos, uma vez que há autores que defendem que com a nova redação do art. 39 da CR/88 (Emenda Constitucional 19/98) afasta-se a obrigatoriedade do regime jurídico único. Ou será que a Lei nada disse por entender que o regime estatutário estaria implícito?

Certo é que, ainda não há solução na doutrina para tal celeuma. Cristiana Fortini traduz bem referida desarmonia na seguinte passagem:

A ausência de disciplina pode gerar uma variedade de interpretações. Alguns poderão sustentar que, diante do silêncio da lei, os consórcios regidos pelo direito público poderão contratar empregados públicos ou servidores estatutários. Não podemos ignorar que há os que defendem (do que discordamos, com todo respeito, em face do Princípio da Isonomia) a possibilidade inclusive de se misturarem os vínculos jurídicos, depois que supostamente se afastou a obrigatoriedade do regime jurídico único. É certo, que, diante da recente manifestação do Supremo Tribunal Federal, tal raciocínio torna-se mais difícil.

Também seria admissível argumentar que o silêncio da Lei se justifica, na medida em que a utilização do regime estatutário estaria implícita, sob pena de não existir ponto de tal divergência entre o consórcio público regido pelo direito privado e o consórcio público regido pelo direito público, uma vez que a obrigatoriedade de licitar, realizar concurso público e prestar contas recairia sobre as duas figuras.

Não se pode descartar uma terceira linha de raciocínio: os consórcios de direito público poderão, no vazio da lei, contratar para a totalidade dos postos de trabalho, empregados públicos. Importa lembrar que no art. 4º, IX da lei em comento, menciona-se como cláusula do protocolo de intenções a relativa ao número e remuneração dos empregados públicos. Não há nenhuma referência a servidores estatutários. Tal previsão normativa poderia socorrer os adeptos desta corrente (FORTINI, 2007, p. 31-44).

4 OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS COMO ENTIDADES INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Verificados os aspectos positivos da personificação da entidade que nascerá do Consórcio Público, bem como a possibilidade de se adotar regime jurídico de direito público ou de direito privado, uma indagação relevante deve ser feita.

O ente, uma vez criado, fará parte da Administração Indireta, ponto claro e pacífico entre os doutrinadores. Entretanto, questiona-se, fará parte da Administração Indireta da federação pactuante ou será integrante de todos os entes da federação participantes do Consórcio Público?

Parece-nos que o mais razoável é que a pessoa jurídica resultante do Consórcio Público seja integrante da Administração Indireta de todas as entidades federativas participantes do ajuste.

A disposição é literal no que diz respeito aos consórcios públicos com natureza jurídica de direito público. É o que aduz o parágrafo primeiro do art. 6º da Lei 11.107/05. Este também é o entendimento da doutrina dominante. É o que sustenta Alice Gonzáles Borges, citando Diogo Figueiredo Moreira Neto.

Ao editar a lei que ratifica os termos e condições do protocolo de intenções, e se este contiver a previsão de que o consórcio resultante terá a personalidade de direito público, cada ente federado estará criando, ao mesmo tempo, em sua própria estrutura administrativa, uma associação pública, de natureza autárquica, que integrará sua administração indireta e a de todos os demais entes partícipes. Essa subespécie será necessariamente de natureza pluripessoal, como doutrinava Diogo Figueiredo Moreira Neto (BORGES, 2005, p. 9).

Entretanto, entendemos que nesse ponto o tratamento deve ser o mesmo tanto para os consórcios de direito público como para aqueles que optem pelo regime de direito privado.

Inicialmente, porque se este é o tratamento para as pessoas de direito público, porque o tratamento haveria de ser distinto para as entidades de direito privado? Se já é patente na Administração Pública contemporânea a presença de pessoas jurídicas de direito público e de direito privado em seu arcabouço, porque agora o tratamento teria que ser diferente? Somente em razão da opção pelo Regime Jurídico?

Em segundo lugar por reiterar e ratificar posição já explicitada no presente trabalho, ou seja, o regime é de direito privado mitigado.

As características do aludido regime são híbridas, em decorrência de comandos constitucionais e determinações da própria Lei 11.107/05.

Logo, tanto os Consórcios que assumam a personalidade de direito público, quanto os consórcios com personificação de direito privado devem integrar a Administração Pública Indireta de todas as entidades federativas participantes do presente pacto de cooperação.

5 CONCLUSÕES

Não há dúvidas que o advento da Lei 11.107/05 deve ser festejado. Inicialmente, por sanar lacuna legislativa do comando constitucional constante no art. 241 da CR/88. O presente artigo traduz todo um arcabouço principiológico que demonstra que o intuito do Poder Constituinte Originário é a inter-relação entre as entidades federativas que compõem a nação. O caráter Programático da atual Constituição deixou bem claro que a finalidade é a atuação conjunta da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, na busca de se implementar interesses comuns. Como toda Constituição Programática demonstra-se o norte, porém, cabe ao legislador ordinário estabelecer os mecanismos para consecução dos objetivos.

O mecanismo recém criado, ou seja, o Consórcio Público, conforme foi amplamente abordado, é moderno e traz disposições eficazes na consecução de objetivos que os entes federativos, isoladamente, não conseguiriam alcançar.

Trata-se de poderoso instrumento que, se corretamente aplicado, ensejará enormes ganhos para a sociedade, bem como, para as entidades participantes, vez que poderão congrega-se associativamente para combinar e somar os recursos materiais, financeiros e humanos.

Supera em muito os Convênios, e ousamos prever que a opção por este modelo não será mais tão primordial com o advento dos Consórcios Públicos. A finalidade da gestão associada de serviços públicos é mais plena, tanto do ponto de vista das entidades participantes do Consórcio, quanto dos beneficiários do mesmo, quando se opta por utilizar a Lei 11.107/05.

Um aspecto que mereceu críticas negativas em relação à Lei 11.107/05, e que foi enfrentado no presente ensaio, foi o silêncio legislativo sobre disposições acerca do vínculo jurídico do pessoal a ser contratado. De acordo com o que foi enfrentado, tal ausência traz dificultadores práticos que geram várias dúvidas, dentre elas a destinação da mão de obra quando extinto o Consórcio. Tal resposta, de difícil solução, depende precipuamente da definição do vínculo de pessoal a ser adotado.

Não obstante, trata-se de fenômeno jurídico novo, a demandar mais pesquisas e estudos por parte da doutrina administrativa, com o intuito de fixação de conceitos e definições. Deve-se ficar atento para o futuro neste momento, vez que a prática dos Consórcios Públicos na realidade nacional, irá sedimentar a jurisprudência, e neste ponto várias indagações e dúvidas serão dissipadas, em face da própria necessidade que os casos concretos exigem.

Assim, estima-se que a Lei 11.107/05 ensejará, a curto e médio prazo, a proliferação de Consórcios Públicos em todos os cantos do Brasil. A utilização prática do instituto incitará ainda mais o necessário debate sobre a aplicação e delimitação do alcance das definições da Lei 11.107/05. Dessa forma, resta-nos torcer para que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios utilizem a gestão associada na busca da efetivação de suas política públicas afetas à prestação de serviços públicos, para que se estimule e aprofunde a dialética sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, Outubro, 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 9 set. 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. Extinção dos consórcios públicos: delimitação do problema. Monografia apresentada no Mestrado da *Universidade Federal de Minas Gerais* na matéria Direito Municipal. Belo Horizonte, Fevereiro: 2006.

BORGES, Alice Gonzalez. *Os consórcios públicos na sua legislação reguladora*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7072>>. Acesso em: 28 nov. 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Lei de Consórcios públicos: Comentários ao art. 6º*. Disponível em: <http://ampcon.org.br/textos_doc/lei_consorcios_pub.doc>. Acesso em: 11 jan. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Parecer*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/parecerdalmoabreudallari.pdf>>. Acesso em: 18 nov 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FORTINI, Cristiana. Consórcios Públicos e outorga onerosa do direito de construir: instrumentos importantes para os Municípios. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*. Belo Horizonte, ano 8, n. 25, p. 31-44, jul/set. 2007.

FORTINI, Cristiana. *Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Marcos Pinto Correia Gomes. Os consórcios públicos na Lei nº 11.107/05. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n 752, 26 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7062>>. Acesso em: 11 jan. 2006.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. da 20. ed. alemã, Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer*. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2005

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 3. ed., Porto Alegre: Sulina, 1954.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Parecer*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/parecerflorianoazevedomarquesneto.pdf>>. Acesso em: 18 nov 2005.

MEDAUAR, Odete. Convênios e consórcios administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, ago. 1995. p. 451-461.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Consórcios públicos: comentários à lei 11.107/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 35-53, out./dez. 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, v. 1.

PORTO NETO, Benedito. *Parecer*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/parecerbeneditoportoneto.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2005.

RIBEIRO, Wladimir Antônio Ribeiro. *Nota Técnica – Analisa o texto do autógrafa do Projeto de Lei nº 1.071, de 1999, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências*. Disponível em: <http://saude.gov.br/cooperasus/bib/pub/dow/nota_vetos_wladimir_ribeiro.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2005.

SANTOS, Lenir. Consórcio Administrativo Intermunicipal: Aspectos gerais – suas especificidades em relação ao Sistema Único de Saúde. *Boletim de Direito Municipal*, jan. 2001, p. 08-16.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. A regulamentação dos consórcios públicos à luz do projeto de Lei nº 3.884/04. *Jus Navigandi*, Teresina, Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6002>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. Lei nº 11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 705, 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6872>>. Acesso em: 07 fev. 2006.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Convênios, consórcios administrativos, ajustes e outros instrumentos congêneres. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 1, n. 20, out. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=456>>. Acesso em: 12 jan. 2006.

DA CONCRETUDE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

*Bruno Gustavo Moreira Soares, Advogado da União,
Pós-graduado em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC – PUCMINAS)
Professor Orientador: Rodolfo Vianna Pereira*

Sumário: Introdução; 1 O que vem a ser moralidade; 2 Julgamento da ADI 3.853/MS; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A aplicação do princípio da moralidade, consagrado em nossa Constituição Cidadã como um postulado a que deve fiel obediência a Administração Pública, sempre foi permeado de subjetivismos em sua aplicação concreta. Este estudo cogita analisar o conceito comumente utilizado de moralidade, tentando dar efetividade ao mesmo, sempre sob a luz do texto constitucional e da aplicação principiológica como meio de resolução de problemas jurídicos. É feita uma abordagem sobre a utilização de princípios jurídicos, em especial o da moralidade, em casos concretos. Menciona-se uma decisão paradigmática em que o STF teve que analisar diretamente o princípio da moralidade, não como um incidente, mas em aplicação a um caso concreto de pagamento de subsídio vitalício a ex-governadores de um estado da federação, no qual dois Ministros de nossa Corte Maior travaram interessante discussão sobre a aplicação autônoma e concreta do princípio da moralidade como norte a se resolver questões postas nos tribunais pátrios.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Princípio da Moralidade. Efetividade. Ponderação de Valores. Aplicação pelo STF do princípio da moralidade em casos concretos.

ABSTRACTS: The principle of morality, enshrined in our Constitution as a Citizen postulate that faithful obedience to the government has always been permeated with subjectivisms in their practical application. This study is considering commonly used to analyze the concept of morality, trying to give effect to it, always in light of the constitutional text and principles, applied as a means of resolving legal issues. An approach on the use of legal principles, especially of morality, in specific cases. It looks at a pragmatic decision that the Supreme Court had to examine directly the principle of morality, not as an incident, but in application to a case of life-annuity payment to a former governor of a state of the federation, in which two ministers Highest Court of our caught an interesting discussion on the standalone application and practice of the principle of morality as the North to resolve issues raised in the courts patriotic.

KEYWORDS: Principles. Principle of Morality. Effectiveness. Weighting values. Application by the Supreme Court of the principle of morality in specific cases.

INTRODUÇÃO

Em que pesem os quatro lustros que nossa Constituição Federal está por completar neste outubro próximo, não são poucos os institutos e conceitos por ela postos que ainda geram debate, doutrinária e jurisprudencialmente.

Dentre estes, disponho-me a discorrer sobre o princípio da moralidade, alçado pela primeira vez como princípio norteador da Administração Pública Direta e Indireta.

A curiosidade em adentrar neste tema tonificou-se quando assisti ao julgamento da ADI 3.853/MS, em que debates acalorados dos Ministros de nossa Suprema Corte mostraram como não há uniformidade no entendimento do que venha a ser a moralidade administrativa, e como aplicá-la a casos concretos.

Dessa forma, nos propomos no presente artigo a averiguar o entendimento do que seja moralidade administrativa por parte da doutrina pátria, bem como repassar e analisar a discussão ocorrida no aludido julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.853, de Mato Grosso do Sul.

1 O QUE VEM A SER MORALIDADE?

Desde os bancos universitários, quando damos nossos primeiros passos em Teoria Geral do Direito, uma questão sempre posta e discutida versa sobre a diferenciação/junção de Direito e Moral.

Miguel Reale¹ divulga a teoria do mínimo ético, do jurista alemão Georg Jellinek, ao dizer sobre essa relação tão conflituosa.

A teoria do “mínimo ético” consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para a sociedade sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre.

Mais a frente diz ainda o mestre da Teoria Tridimensional do Direito:²

Há, pois, que distinguir um campo de Direito que, se não é imoral, é pelo menos amoral, o que induz a representar o Direito e a Moral como dois círculos secantes. Podemos dizer que dessas duas representações

1 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 42.

2 REALE, op. cit., p. 43-44.

– de dois círculos concêntricos e de dois círculos secantes, – a primeira corresponde à concepção ideal, e a segunda, à concepção real, ou pragmática, das relações entre o Direito e a Moral.

Também não podemos nos esquecer dos ensinamentos de Hans Kelsen (1996), que versava, em prol do positivismo, que direito e moral não se confundem. Integram um mesmo gênero (o das ordens normativas do comportamento humano), mas são espécies distintas, não obstante haver mandamentos de igual teor. Porém, somente as normas jurídicas são dotadas de coercibilidade.

A dicotomia Direito x Moral não é mera questão teórica, eis que tal dilema desembocou em plena Constituição Federal, delimitando os princípios a regerem a Administração Pública. Vale sempre citar o *caput* do art. 37 de nossa Carta Magna, que inovou no Direito Brasileiro:

A Administração pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Diante dessa novidade, vários autores se debruçaram a explicar como se daria a obediência da Administração Pública ao então novel princípio da moralidade.

Todos os grandes administrativistas brasileiros pesquisados são uníssomos em indicar o pioneirismo de Maurice Hauriou em sistematizar a teoria do princípio da moralidade administrativa. Hely Lopes Meirelles assim sintetiza as lições do mestre francês:³

A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art.37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral,

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. P. 79-80.

o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também a lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – *non omne quod licet honestum est*. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.

Sem dúvida, uma das grandes dificuldades em se analisar o princípio da moralidade é separá-lo dos demais princípios a regerem a Administração. Não é incomum analisar-se a moralidade administrativa como um corolário do princípio da legalidade, ou ainda da impessoalidade.

Da leitura de textos doutrinários e acórdãos vê-se que muitos entendem a moralidade administrativa absorvida por outros princípios. Talvez seja resquício do ensinamento de que Direito e Moral devem ter seus limites bem definidos.

Por sua vez, não deixa de ser interessante, e até mesmo contraditório, o fato de que o princípio da moralidade administrativa surgiu como freio aos abusos de atos discricionários (teorias do desvio de poder ou desvio de finalidade), que, pela teoria administrativista clássica, difere dos atos vinculados, eis que estes estão pormenorizados na lei (o que nos remete necessariamente ao princípio da legalidade).

Maria Sylvia Di Pietro explica que havia resistências para a análise da moralidade pelo Poder Judiciário. Diz a autora que:⁴

Autores mais antigos, considerando a moral administrativa como algo relacionado à disciplina interna da Administração, entendiam que o seu controle também só podia ser feita internamente, excluía a apreciação pelo Poder Judiciário. Este só examinaria a legalidade dos atos da Administração; não o mérito ou a moralidade.

Certamente com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial.

O grande constitucionalista José Afonso da Silva⁵ ilustra o que fora dito por Di Pietro,⁶ sendo um dos autores mais resistentes à idéia de que uma moralidade subjetiva possa invalidar um ato administrativo.

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 69.

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 646-647.

6 DIPIETRO, op. cit.

Pode-se notar seu entendimento nessa parte de seu “Curso de Direito Constitucional Positivo”:

A idéia subjacente ao princípio é a de que a moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto. Significa, como disse Hauriou, que a moralidade administrativa consiste no conjunto de “regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.

Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento do vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa.

Nesse sentido, a partir da promulgação da Constituição de 1988, que dispõe expressamente sobre a obediência da Administração ao princípio da moralidade, aliada à valorização de institutos como a Ação Popular e a Ação de Improbidade Administrativa, é que a aplicação direta dessa chamada moralidade administrativa foi vista com mais carinho pela comunidade jurídica.

Quem talvez haja dado maior autonomia ao princípio da moralidade tenha sido Juarez Freitas, que em seu livro *O Controle dos Atos Administrativos* assim se posicionou:⁷

No tangente ao princípio da moralidade, por mais que tentem assimilá-lo a outras diretrizes e conquanto experimentando pronunciada afinidade com todos os demais princípios, certo é que o constituinte brasileiro, com todas as imensas e profundíssimas conseqüências técnicas e hermenêuticas que daí advêm, pretendeu conferir autonomia jurídica ao princípio da moralidade, o qual veda condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência.

De certo modo, tal princípio poderia ser identificado com o da justiça, ao determinar que se trate a outrem do mesmo modo que se

7 FREITAS, Juarez. *O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 67-68.

apreciaria ser tratado. O “outro”, aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e racionalmente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados à luz da orientação decisiva e substancial, que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez.

Como princípio autônomo e de valia tendente ao crescimento, colabora, ao mesmo tempo, para reforço dos demais e para a superação da dicotomia rígida entre Direito e Ética, rigidez tão enganosa quanto aquela que pretende separar Direito e Sociedade, notadamente à vista dos avanços teóricos na reconceituação do sistema jurídico na ciência contemporânea.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸ é outro autor que também filia-se à corrente que dá maior amplitude e liberdade no trato do que seja moralidade. Diz o eminente administrativista:

[...] a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesus Gonzáles Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Por força mesmo destes princípios da lealdade e boa-fé, firmou o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 72-73.

notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.

Das concepções citadas e analisadas da doutrina brasileira, notamos que a grande indagação, e motivo de divergência de idéias, reside no fato de a moralidade administrativa abranger padrões objetivos ou subjetivos de conduta do administrador público.

A abrangência mais objetiva seria aquela inspirada no conceito clássico de Hauriou, na qual a moralidade se dá através de normas internas da Administração, uma moralidade própria, mais atrelada à legalidade. Reluta-se nessa corrente de pensamento em se utilizar preceitos da moral comum, da ética cotidiana, aos atos do administrador.

Por sua vez, a abrangência de padrões subjetivos de conduta do administrador estaria mais ligada ao que hoje vemos no Direito Privado, principalmente após o advento do Código Civil de 2002, quando se fala nos conceitos indeterminados de boa-fé, função social e de valores como a eticidade e a lealdade. Assim, os intérpretes do direito trabalhariam mais livremente a moralidade do administrador, ligando-a mesmo aos valores éticos do homem.

Diante dessa dicotomia notada na doutrina brasileira acerca da utilização ou não de valores morais externos ao direito, podemos nos valer da representação gráfica proposta por Miguel Reale (1997) para explicar a tormentosa relação Direito e Moral, com o fim de sistematizar a diferença de pensamentos.

Quanto aos círculos concêntricos, teríamos uma orientação mais liberal, um pensamento mais aberto acerca da inclusão de valores éticos da sociedade na valorização do agir da Administração. Preceitos normativos da moral humana teriam aplicação direta dentro do sistema jurídico.

Entendemos que essa orientação teria o escopo de conferir maior autonomia ao princípio da moralidade, eis que menos atrelada aos demais princípios jurídicos, diante de uma possível aplicação da ética da sociedade.

Seria a “lealdade e boa-fé, e sinceridade e lhaneza” (MELLO, 2000, p.72-73) ou ainda a vedação de *condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência* (FREITAS, 1999, p.67-68). Sem dúvida conceitos abertos, indeterminados, o que nos leva a boas doses de aplicações hermenêuticas, bastante valorizada por quem segue esse raciocínio.

Já a representação dos círculos secantes nos remete a uma linha de pensamento mais conservadora, no sentido de termos dois sistemas de normatização estanques, nos quais a moralidade administrativa deve ser aquela retirada de seu próprio sistema, de seu próprio *círculo*.

Assim, não haveria a influência de valores éticos externos à realidade jurídica, o que implica em uma ligação umbilical da moralidade administrativa ao agir interno da Administração, muito pautado pelo princípio da legalidade (o que levaria a uma menor autonomia do princípio da moralidade).

Seria a colocação de que *a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve [...]* (MEIRELLES, 1991, p.79-80) ou ainda a *dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento do vício de imoralidade* (SILVA, 1999, p.646-647).

2 JULGAMENTO DA ADI 3.853/MS

Um tema jurídico sempre fica mais palpitante quando a problemática chega aos Tribunais brasileiros, ante um caso concreto de premente solução.

E quanto a isso, vale abrir um parêntese e ressaltar que, após minuciosa pesquisa junto à jurisprudência do STF, constatou-se que poucas vezes os Ministros daquele Tribunal trataram diretamente do tema da moralidade como princípio norteador dos atos da Administração. A moralidade raras vezes é debatida diretamente, mas sim incidentalmente, como um complemento a outro princípio constitucional da Administração Pública.

Ao contrário dos princípios da legalidade, isonomia, publicidade e eficiência, sempre propalados em vários acórdãos, muitas vezes o princípio da moralidade é dito *an passant*, sem uma discussão mais profunda quanto à sua aplicação.

Nesse sentido, o julgamento da ADI 3.853/MS, Relatora Ministra Carmem Lúcia, publicado no DJU de 26/10/2007,⁹ referida na introdução deste trabalho, teve o mérito de enfrentar a questão, a ponto de expor o posicionamento antagônico de dois componentes de nossa Corte Suprema.

Nele discutiu-se se seria constitucional o pagamento de um subsídio vitalício a ex-governadores do Estado do Mato Grosso do Sul, que fora concedido via emenda à Constituição Estadual. Dentre outros fundamentos, utilizou-se a Ministra Relatora do desrespeito à moralidade administrativa, ante o ônus que se criava para o erário público em se agraciar ex-detentores do cargo de Chefe do Poder

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3852-2/MS. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Publicado em 26 de outubro de 2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

Executivo Sul-Matogrossense, para julgar procedente a ADI. Vejamos parte essencial de seu voto, quanto à questão da moralidade:

O conteúdo do princípio da moralidade põe-se no sentido de ser a norma ou o comportamento administrativo tendente a realizar interesse público específico, objetivamente determinado.

[...] O conteúdo ético da despesa a ser assumida pelos cidadãos não é posta sequer como referência, apenas afirmando a Assembléia Legislativa sul-matogrossense, em suas informações, que “por esse benefício da graça, o Estado externa o seu reconhecimento a quem, de alguma forma, eis que entende haver contribuído com o seu crescimento, sua consolidação, sua projeção, seu desenvolvimento” (fl.42).

O conteúdo de ética pública para o gasto estipulado como forma de agraciar pessoas, que não mais fazem parte dos quadros do Estado (mas que um dia o fizeram na condição de agente público), não é demonstrado na espécie. Também por isso a norma apreciada revela-se incompatível com os princípios constitucionalmente definidos.

Coube ao Ministro Eros Grau, em voto vista, fazer o contraponto ao entendimento de moralidade explanado pela Ministra Carmem Lúcia. O douto Julgador entendeu que não havia nada de imoral na concessão do subsídio (nominado de graça pela Assembléia Legislativa de Mato Grosso do Sul). Vejamos como o Ministro vê a aplicação do princípio da moralidade:

Ora, a aplicação extensiva do princípio aos atos legislativos evidentemente não pode importar ampliação do seu conteúdo enquanto incidente sobre os atos a que refere o art. 37, caput, da Constituição.

Diz a eminente Relatora que ‘[o] conteúdo de ética pública para o gasto estipulado como forma de agraciar pessoas... não é demonstrado na espécie’. Porém aqui não seria exigível a demonstração, pelo legislador, da moralidade de sua ação. Bem ao contrário, a quem impugna o texto normativo incumbiria demonstrar que o texto consubstancia desvio de poder ou de finalidade. Aqui também prevalece a presunção de constitucionalidade dos preceitos.

[...]

Virtuoso então, desde a perspectiva da tradição que vai de Platão a Hegel, no plano da eticidade, é o homem que respeita as instituições e cumpre as leis.

[...]

Insisto em que o conteúdo do princípio da moralidade há de ser encontrado no interior do próprio direito. A sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra. Vale dizer, não significa uma abertura do sistema jurídico para a introdução, nele, de preceitos morais. O que importa assinalar, ao considerarmos a função do direito positivo, o direito posto pelo Estado, é que este o põe de modo a constituir-se a si próprio, enquanto suprassume a sociedade civil, conferindo concomitantemente a ela a forma que a constitui.

[...]

A admissão que essa Corte possa decidir com fundamento na moralidade entroniza o arbítrio, nega o direito positivo, sacrifica a legitimidade de que deveríamos nos nutrir enquanto defensores da Constituição. Instalaria a desordem.

Sem dúvida, podemos notar das passagens acima, uma visão discrepante da aplicação da moralidade a casos concretos. E que de certa forma espelham a diferenciação explicitada na doutrina brasileira. Enquanto a Ministra Relatora enxerta valores morais em sua razão de decidir, entendendo imoral destinar dinheiro público para agraciar ex-detentores de cargos políticos, o Ministro Eros Grau entende que, na lógica administrativa, é comum e aceitável tal pagamento, e que a inclusão de valores éticos não abarcados pelo direito positivo levaria o sistema ao caos.

De certa forma, o Ministro Eros Grau não consegue dissociar a moralidade administrativa do princípio da legalidade. O eminente julgador vê a eticidade do sistema jurídico como própria de seu meio, não podendo se “contaminar” com valores exógenos.

O choque de percepção do que seja a moralidade entre dois Ministros de nossa Suprema Corte mostra como o tema é espinhoso. Vale dizer que nos votos dos demais Ministros não houve um aprofundamento da questão da aplicação concreta do princípio da moralidade. Preferiram resolver a *quaestio juris* sob a ótica da simetria (no caso concreto, a não simetria) da Constituição

Estadual com a Constituição Federal, bem como da proibição de criação de despesas sem a correspondente fonte de custeio.

Mas, cedo ou tarde, o STF deverá enfrentar questão que necessite de uma aplicação concreta do princípio da moralidade administrativa, como única argumentação para se analisar a validade de um ato estatal. Isso porque, repita-se, as discussões só se deram de forma incidental, sem que se enfrentasse a discrepância de interpretações acerca de um princípio que o constituinte posicionou como vetor da Administração Pública.

E referida análise pelo Supremo Tribunal Federal é de suma importância, pois como guardião da Constituição e órgão máximo da hierarquia do Poder Judiciário, suas decisões têm eco nas demais instâncias judiciais.

No momento em que um dos grandes reclames da população brasileira é justamente a falta de ética no trato da coisa pública, deve a moralidade pautar sim os atos dos agentes públicos. E nesse sentido, entendo que o Direito Público deve aprender com os novos postulados do Código Civil, que enaltecera valores como eticidade, lealdade, função social, boa-fé; conceitos abertos, ou como preferem alguns, indeterminados, que deixam para o Judiciário, como aplicador do Direito, averiguar a dosagem de justiça das situações ali regidas.

Nesse diapasão, a moralidade não pode ficar atrelada somente àquilo que a lei prescrever. Deve-se dar a amplitude e largueza que sua interpretação permite, permeando a letra fria da lei com valores que a sociedade entende como justos, honestos e adequados àquele momento.

Como disse o Professor Juarez Freitas,¹⁰

o constituinte brasileiro, com todas as imensas e profundíssimas conseqüências técnicas e hermenêuticas que daí advêm, pretendeu conferir autonomia jurídica ao princípio da moralidade, o qual veda condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência.

Dessa forma, nos coadunamos ao posicionamento da Ministra Carmem Lúcia no caso citado acima; eis que ali houve uma interpretação condizente com os valores éticos da sociedade – é imoral o recebimento de um valor vitalício por um ex-agente político – sem que isso instale a desordem, como profetizou o Ministro Eros Grau.

10 FREITAS, Juarez. *O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 67

3 CONCLUSÃO

Passados vinte anos da Constituição, em sociedade ainda carente de Justiça, está mais do que na hora de se efetivar o princípio da moralidade administrativa. Chega de taparmos os olhos para sua aplicação, ou mesmo tentarmos aplicá-la somente em consonância com o princípio da legalidade.

Não podemos aceitar que as normas constitucionais sejam percebidas apenas como uma diretriz política, um ideário à atuação dos Poderes Públicos. Devemos continuar nessa árdua tarefa de levar efetividade e força coercitiva às normas dispostas na Constituição.

E como estamos a falar de princípios, na clássica lição de Canotilho,¹¹ o da moralidade tem flexibilidade suficiente para o aplicarmos, seja isolada, seja cumulativamente, seja até contrariamente a outros princípios inseridos no art. 37 da Constituição Federal. Em uma ponderação de valores,¹² posso até privilegiar a moralidade em face da legalidade, por exemplo. Tudo a depender das situações concretas.

Tudo isso para dotarmos de um maior grau de legitimidade e validade os atos estatais, sejam da Administração, sejam atos legislativos e até judiciais.

Nesse sentido, é que comungamos do pensamento no qual a “Administração Pública [deve] observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes”¹³. Ainda que tais referenciais valorativos estejam fora do ordenamento jurídico, mas aplicados por intérpretes aptos a perceberem a honestidade e honradez exigida em atos do Administrador.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum*: atualizado até a Emenda Constitucional n. 53, de 19 de dezembro de 2006. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

11 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

12 BARROSO, Luís Roberto. (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

13 Freitas, op. cit., p. 68.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3852-2/MS. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Publicado em 26 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun de 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FREITAS, Juarez. *O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

KELSEN, Hasn. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

A NATUREZA JURÍDICA DA REPACTUAÇÃO E SUA REGULAMENTAÇÃO PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA N.º 02/08 DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO

Cristiana Mundim Melo

*Advogada da União. Pós-Graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação
Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-MINAS)*

Sumário: Introdução; 1 O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos; 1.1 Momento de aperfeiçoamento da equação econômico-financeira; 2 Modalidades de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro no direito brasileiro; 2.1 Revisão de preços; 2.2 Reajuste de preços; 2.3 Atualização financeira e correção monetária; 2.4 Repactuação; 3 Natureza jurídica da repactuação; 3.1 Repactuação como direito subjetivo e a interpretação do Decreto nº 2.271/97; 4 Nova regulamentação da repactuação pela Instrução Normativa nº 02/08 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão; 4.1 Iniciativa do pedido de repactuação e benefícios obrigatórios; 4.2 Repactuação mediante negociação entre as partes e princípio da vantajosidade; 4.3 Formas de contagem do interregno mínimo de 1 ano para a primeira repactuação e subseqüentes; 4.4 Vigência dos novos valores contratuais; 4.5 Decisão sobre o pedido de repactuação e pagamento retroativo; 4.6 Formalização da repactuação; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o instituto da repactuação e definir a sua natureza jurídica, sob a perspectiva do princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, com o intuito de analisar a aplicação do instituto e sua regulamentação pela Instrução Normativa n.º 02/08 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Contratos Administrativos. Equilíbrio econômico-financeiro. Repactuação. Natureza Jurídica. Instrução Normativa n.º 02/08 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão.

SUMMARY: This article has as main objective analyze the concept of re-agreement and defines its juridical nature, based on the administrative contracts financial-economical equilibrium principle. Otherwise, the article analyses the application of the concept of re-agreement by the act n.º 02/08 of Planning, Budget and Management Agency (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG).

KEYWORDS: Public law, administrative contracts, financial-economical equilibrium principle, re-agreement, act n.º 02/08 of Planning, Budget and Management Agency (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG).

INTRODUÇÃO

O contrato administrativo apresenta dois traços peculiares que o diferenciam dos outros contratos: de um lado, as chamadas cláusulas exorbitantes, que permitem à Administração a alteração unilateral do contrato para a satisfação do interesse público; e do outro, o equilíbrio econômico-financeiro ou equação econômico-financeira, que garante a equivalência entre os encargos assumidos pelo particular e as condições econômicas inicialmente pactuadas.

A legislação brasileira contempla vários mecanismos de restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro dos contratos, entre eles a repactuação, prevista no art. 5º do Decreto n.º 2.271/97, exclusivamente para contratos que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua, podendo ser utilizada tanto para aumentar ou reduzir custos.

A repactuação foi por longo tempo regulamentada, no âmbito federal, pela Instrução Normativa n.º 18/97 do extinto MARE, e muitas controvérsias cercaram a sua aplicação. Um dos motivos para a existência de tanta discordância na interpretação do instituto da repactuação se deve à deficiência de estudos sobre sua natureza jurídica.

A correta definição da natureza jurídica da repactuação soluciona uma série de problemas, como a obrigatoriedade ou não de sua aplicação e a necessidade de previsão expressa no edital ou contrato. Além disso, a partir da nova regulamentação da repactuação pela Instrução Normativa n.º 02, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI, do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão – MPOG, de 30 de abril de 2008, a definição da natureza jurídica do instituto assume um aspecto ainda mais relevante, pois a interpretação da nova Instrução Normativa deve pautar-se nesta definição, a fim de aperfeiçoar a aplicação do instituto e conferir efetividade ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

1 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O equilíbrio econômico-financeiro é um dos mais relevantes princípios que informam as contratações da Administração Pública, consistindo, na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 586), em uma contrapartida aos poderes da Administração.

Além da proteção do particular em relação às prerrogativas especiais da Administração ou cláusulas exorbitantes, bem como em decorrência de fatos imprevistos ou imprevisíveis, o princípio em tela,

em sua acepção geral¹, protege o contratado dos desgastes do poder aquisitivo da moeda provocado pela inflação.

É importante mencionar que a invocação da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não tem o objetivo de obtenção de lucros maiores ou melhores condições do contrato. O que se busca é a equivalência entre as condições econômicas inicialmente pactuadas e os encargos assumidos.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá (MELLO, 2005, p. 603).

Marçal Justen Filho (1994) explica que o equilíbrio econômico-financeiro não abrange apenas o montante devido ao particular contratado, mas também toda e qualquer vantagem produzida na avença, como o prazo e a periodicidade dos pagamentos.

É consenso entre os doutrinadores que a equação econômico-financeira é intangível, traduzindo-se em um dever da Administração Pública de preservar as condições econômicas da proposta por ela aceita para a realização de um contrato. É o que resulta do art. 37, XXI, da Constituição da República, pois, de acordo com seus termos, obras, serviços, compras e alienações serão contratados, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta.

Caio Tácito, citado por Dalton Santos Moraes, elucida o pensamento da doutrina sobre o tema:

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato é, na expressão de Waline, ‘um direito fundamental’ de quantos pactuam com o Estado, ou uma ‘norma fundamental da teoria dos contratos administrativos’, segundo De Souto. Constitui o ‘primeiro direito original do co-contratante da Administração’, esclarece Péquignot e deve ser respeitado como ‘elemento determinante do contrato, conforme Laubadère. (MORAIS, 2003).

1 As expressões “equilíbrio econômico-financeiro” e “equação econômico-financeira” serão utilizadas como sinônimas, nos termos da definição de Celso Antônio Bandeira de Melo. Cumpre ressaltar que a expressão “reequilíbrio econômico-financeiro” é muito utilizada pela doutrina e também pelo TCU, em uma acepção estrita, como sinônimo de “revisão ou recomposição de preços”, conforme previsto no art. 65, II, “d”, da Lei n.º 8.666/93.

De outra parte, o equilíbrio econômico-financeiro ainda encontra fundamento nos princípios da segurança jurídica, da isonomia, da indisponibilidade do interesse público e da boa-fé.

Evidenciando a segurança jurídica, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 589) afirma que “a equação econômico-financeira contratual é um direito adquirido do contratado, de tal sorte que normas a ele sucessivas não poderiam afetá-lo.”

O princípio da isonomia, na lição de Marçal Justen Filho (1994), impede que a alteração que prejudique o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo seja suportada exclusivamente por uma das partes signatárias.

Pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração tem o dever de selecionar a proposta mais vantajosa, evitando arcar com desembolsos superiores aos necessários para a satisfação de seus fins. Ao garantir o particular contra os riscos provenientes da eventualidade das circunstâncias futuras, explica Justen Filho (1994), “o direito garante que a Administração Pública não será assujeitada a propostas que englobem, em seu bojo, verbas destinadas a compensar eventos futuros e incertos.”

O doutrinador esclarece que o contrato administrativo nunca pode ser caracterizado como de “especulação”, no qual uma das partes acredita que as modificações futuras nas condições econômicas lhe serão vantajosas. Essa “especulação” ofenderia o interesse público, pois dependeria da disponibilidade dos interesses em jogo. Em razão da indisponibilidade do interesse público, o contrato administrativo não comporta riscos implícitos (JUSTEN FILHO, 1994).

Nos termos do art. 422 do Código Civil, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa fé.”

Para Alice Gonzalez Borges (2005), “se o cumprimento do princípio da boa fé se impõe a ambas as partes, maior ainda se afigura, neste terreno, a responsabilidade da Administração Pública [...]”. Reforçando a importância da observância do princípio, a autora cita lição de Jesus Gonzalez Perez:

A Administração, precisamente por ser possuidora de potestades e prerrogativas, vê-se obrigada, mais que ninguém, a seguir uma conduta de exemplaridade e de boa fé [...] nem pode quebrantar os pactos que tenha convencionado, nem atuar à margem da legalidade e da boa-fé a que lhe obrigam pactos que haja concertado (BORGES, 2005).

Na realidade, o princípio da boa-fé relaciona-se diretamente com os princípios da moralidade e probidade administrativa, pressupostos de validade de todo ato da Administração Pública.

Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 611) leciona que cabe ao Poder Público respeitar integralmente a equação econômico-financeira avençada, entendida com significado real e não apenas nominal.

1.1 MOMENTO DE APERFEIÇOAMENTO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Outro aspecto relevante a ser analisado é a definição do momento em que se aperfeiçoa a equação econômico-financeira. Em princípio, poderia se considerar que a equação econômico-financeira se completa com a assinatura do contrato. Contudo, deve-se levar em conta que os encargos e as vantagens econômicas foram definidos em momento anterior, especificamente no momento da apresentação das propostas. Nesse sentido é a lição de Marçal Justen Filho:

A equação econômico-financeira delinea-se a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então, essa equação está protegida e assegurada pelo direito (JUSTEN FILHO, 2005, p. 542).

2 MODALIDADES DE RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO DIREITO BRASILEIRO

As peculiaridades da economia brasileira produziram o desenvolvimento de diversos institutos e soluções relacionados ao restabelecimento do equilíbrio-econômico financeiro da contratação.

É possível diferenciar a “recomposição ou revisão de preços”, “reajuste de preços”, “atualização financeira”, “correção monetária” e “repactuação”.

2.1 REVISÃO DE PREÇOS

A recomposição ou revisão de preços está prevista no art. 65, II, “d” e §§ 5º e 6º da Lei nº 8.666/93, e tem por objetivo o restabelecimento da relação entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração - pactuados, inicialmente, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis

ou previsíveis de conseqüências incalculáveis, bem como nos casos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da Administração.

Marçal Justen Filho reserva a expressão revisão de preços para:

[...] os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada da inflação verificada. Envolve a alteração dos deveres impostos ao contratado, independentemente de circunstâncias meramente inflacionárias. Isso se passa quando a atividade de execução do contrato sujeita-se a uma excepcional e anômala elevação (ou redução) de preços (que não é refletida nos índices comuns de inflação) ou quando os encargos contratualmente previstos são ampliados ou tornados mais onerosos (JUSTEN FILHO, 2005, p. 549).

Em termos práticos, explica o autor, a recomposição de preços consiste em uma:

[...] revisão das cláusulas contratuais a partir de um amplo exame de circunstâncias que condicionam a execução do contrato”, sendo que a parte interessada necessita provar “(a) a relevância da circunstância para a execução do contrato, (b) a alteração dessa circunstância e (c) a imprevisibilidade da alteração das circunstâncias ou a impossibilidade de evitar a concretização dos efeitos modificadores da execução do contrato (JUSTEN FILHO, 1994).

É importante ressaltar que grande parte da doutrina e o próprio Tribunal de Contas da União usam a expressão “reequilíbrio econômico-financeiro” como sinônimo de revisão ou recomposição de preços.

2.2 REAJUSTE DE PREÇOS

O Reajuste de preços está previsto nos arts. 40, XI, 55, III e 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93 e nos arts. 2º e 3º da Lei nº 10.192/01. Baseia-se no estabelecimento prévio no edital de índices que reflitam a variação dos custos de execução do contrato, destinando-se a compensar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato resultante do aumento dos custos de execução causados pela inflação.

Nos termos do art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93, o reajuste deve retratar a variação efetiva do custo de produção, desde a data prevista para apresentação da proposta - ou do orçamento a que a proposta se referiu - até a data do adimplemento de cada parcela. Segundo a Lei nº 10.192/01, é admissível nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

2.3 ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA E CORREÇÃO MONETÁRIA

A atualização financeira tem sede no art. 40, XIV, “c”, da Lei nº 8.666/93, e “[...] corresponde à compensação pela inflação genérica, que afeta a perda do poder aquisitivo da moeda em geral.”; “[...] se refere ao período imediatamente posterior à execução da prestação do contratado e se prolonga até a data do efetivo pagamento” (JUSTEN FILHO, 1994).

A correção monetária² tem previsão no art. 40, XIV, “d”, da Lei nº 8.666/93, e é utilizada na eventualidade de atraso de pagamento. “Corresponde à indexação posterior ao vencimento e incide na medida em que haja inadimplemento da Administração Pública” (JUSTEN FILHO, 1994).

2.4 REPACTUAÇÃO

A repactuação, por sua vez, surgiu na vigência do Plano Real, quando a economia começou a ganhar estabilidade, depois de conturbado período de elevada inflação. Seu surgimento é explicado no Relatório do Acórdão 1.563/2004 - Plenário TCU:

Foi o mecanismo encontrado pelo Governo para dissociar a correção dos preços dos contratos de prestação de serviços de natureza continuada de um ‘gatilho’ automático e evitar o retorno das altas inflacionárias. Assim, em vez de adotar um percentual eleito pelas partes - índice geral ou setorial, que reflita a variação dos custos dos insumos -, passou-se a exigir uma planilha na qual se demonstrasse analiticamente a efetiva variação dos custos na formação dos preços.³

A repactuação encontra previsão no Decreto nº 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, que poderão ser objeto de

2 O TCU, no Acórdão 1309/2006 - Primeira Câmara, entende a atualização financeira e a correção monetária como equivalentes:

“10.2. Atualização financeira (ou correção monetária) é o instituto previsto nos arts. 5, § 1o, e 40, Inciso XIV, itens “c” e “d”, ambos da Lei n. 8.666/93, e destina-se à preservação do valor dos créditos, por critérios previstos no ato convocatório. Utiliza índices gerais de preços, por serem esses os que melhor refletem a perda do poder aquisitivo da moeda e demanda previsão expressa, bem como delimitação de seus índices correccionais no edital e no instrumento contratual.”

3 Relatório do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti no Acórdão 1.563/2004, Plenário TCU.

execução indireta⁴. O instituto foi por longo tempo regulamentado pela Instrução Normativa nº 18/97 do extinto MARE; atualmente é tratado na IN nº 02 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI do MPOG, de 30/04/08.

O inciso I do art. 4º do Decreto nº 2.271/97 vedou, para os contratos por ele disciplinados, a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam a indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos. Regulamentou ainda, no art. 5º, a figura da repactuação, admitida nos contratos tratados pelo Decreto cujo objeto seja a prestação de serviços executados de forma contínua, tendo em vista a adequação aos novos preços de mercado – observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Marçal Justen Filho (2005, p. 551) explica que a repactuação generalizou-se para as contratações de serviços contínuos (art. 57, II, da Lei nº 8.666/93), pois, nesses casos, a efetiva variação de custos ao particular pode ser inferior àquela retratada em índices gerais de preços. Afirma que “[...] a finalidade da repactuação não é negar ao particular uma compensação automática, a cada doze meses, pelas elevações em seu custo, mas sim a de evitar que a adoção de índices genéricos produza distorções contrárias aos cofres públicos.”

Lucas Rocha Furtado (2007, p. 616) considera a repactuação como modalidade especial de reajustamento de contrato, com o objetivo de recompor a corrosão do valor contratado pelos efeitos inflacionários. Para o autor, a diferença entre os dois institutos reside no critério empregado: no reajuste, a recomposição vincula-se a índice estabelecido contratualmente; na repactuação, a recomposição do equilíbrio do contrato ocorre por meio da demonstração analítica da variação dos componentes dos custos que o integram, tomando-se como parâmetro a proposta do contratado.

Para Marçal Justen Filho (2005, p. 551), a repactuação apresenta aspectos do reajuste e da revisão. Assemelha-se ao reajuste em razão da

4 Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

periodicidade, pois prevista para ocorrer a cada doze meses ou quando se promover a renovação contratual. Aproxima-se da revisão quanto ao seu conteúdo, pois não se promove mera e automática aplicação de um indexador de preços, mas examina-se a real evolução de custos do particular.

No Acórdão nº 1.309/2006 – Primeira Câmara – TCU –, o instituto da Repactuação foi entendido como espécie de reajuste, com fundamento legal no art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93. Ou seja, ao criar o instituto da repactuação, o art. 5º do Decreto n. 2.271/97 regulamentou o inciso XI do art. 40, nos casos de contratos cujo objeto seja a prestação de serviços executados de forma contínua.

3 NATUREZA JURÍDICA DA REPACTUAÇÃO

A definição da natureza jurídica da repactuação está diretamente relacionada à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, e sua definição é de suma importância para a correta aplicação do instituto.

O princípio da manutenção do equilíbrio econômico dos contratos administrativos decorre expressamente do inciso XXI, do art. 37, da Constituição da República: obras, serviços, compras e alienações serão contratados com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta.

Na esfera infraconstitucional, várias são as disposições legais que obrigam a Administração a reajustar as propostas apresentadas nos certames licitatórios.

Na Lei de Licitações, o art. 40, XI, determina que o Edital indique, obrigatoriamente, critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção. O art. 55, III, dispõe como cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam “o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.”

A Lei nº 10.192/01, art. 3º, estabelece que “os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.” Observa-se que, em todos os dispositivos legais citados, a aplicação do reajuste é usada em sentido nitidamente impositivo, e não meramente permissivo.

Odete Medauar aponta outros dispositivos da Lei nº 8.666/93 que reconhecem o direito ao equilíbrio econômico-financeiro:

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro assegura ao particular contratado a manutenção daquela proporção durante a vigência do contrato. Se houver aumento dos encargos, a remuneração deverá ser aumentada também. Esse direito vem reconhecido nos seguintes dispositivos da lei acima, principalmente: § 1.º do art. 58 – as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado; § 2.º do art. 58 – havendo modificação unilateral, as cláusulas econômico-financeiras deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual; § 6º do art. 65 – havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial (MEDAUAR, 2006, p. 212).

O Tribunal de Contas da União tem firmado entendimento no sentido da obrigatoriedade de reajuste.

Na Decisão nº 580/2000, o Plenário examinou representação que contestava a aplicação de reajuste em contrato que previa preços fixos e não reajustáveis. A Unidade Técnica opinou pela regularidade do reajuste, o que veio a ser confirmado pelo Plenário. Confira-se:

[...] considerando o transcurso de mais de oito meses entre a data de abertura das propostas e a de assinatura do contrato, ensejando que o prazo de 120 dias inicialmente previsto ultrapassasse o período de um ano, a contar da licitação, somos de opinião de que a providência adotada pela CAGEPA foi correta, com fulcro na legislação da época, podendo o mesmo entendimento ser aplicado ao 4º Termo Aditivo, referente ao Sistema de Abastecimento de Água de Congo - PB.

Na Decisão nº 425/2002, o Plenário determinou ao DNER que, no contrato decorrente da Tomada de Preços n.º 034/2001, introduza, por meio de termo aditivo, as seguintes alterações, de modo a adequá-lo à legislação em vigor:

a) inclusão de item contendo compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos, conforme previsto no art. 40, inciso XIV, alínea “d”, da Lei n.º 8.666/93 e alterações;

b) na cláusula referente a reajuste, substituir a expressão “poderá ser reajustada” por “será reajustada”, em atendimento ao artigo 55, III, da Lei n.º 8.666/93.

No Acórdão nº 164/2004, o Plenário determinou a obrigatoriedade de constar nos editais e contratos cláusulas que estabeleçam reajuste:

8.2.2. Faça constar nos editais das licitações e em seus respectivos contratos, cláusulas que estabeleçam os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços e de critérios de atualização monetária, fazendo constar expressamente o índice de reajuste contratual a ser adotado no referido instrumento, conforme estabelece o inciso III do art. 55 da Lei n. 8.666/1993, observado o disposto no inciso III, parágrafo único, do art. 1º e § 1º, art. 2º da Lei n. 10.192/2001.

No Acórdão nº 479/2007, o Plenário reconheceu impropriedade na cláusula contratual que vedava reajuste em contrato de execução de longo período, determinando que tal cláusula fosse ajustada ao estabelecido no art. 40, XI, c/c art. 55, III, da Lei de licitações:

Voto do Ministro Relator

[...]

12. A única cláusula que contém impropriedade se refere à vedação de reajuste, o que não guarda consonância com a Lei de Licitação, notadamente por se tratar de um contrato com previsão de execução em longo período (quatro anos, conforme cláusula quarta da minuta de contrato, fl. 268).

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela empresa Meizler Biopharma S/A, acerca de possíveis irregularidades no Edital de Concorrência Internacional nº 01/2006 da Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia - Hemobrás, que tem por objeto a contratação de empresa especializada para transferência de tecnologia de produção de hemoderivados a partir do fracionamento industrial de plasma sanguíneo.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação por preencher os requisitos de admissibilidade, previstos no art. 237, VII, do Regimento Interno/TCU para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. determinar à Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia - Hemobrás que, com base no art. 45 da Lei nº 8.443/92, ajuste a cláusula 7.7 do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2006 ao estabelecido no art. 40, inciso XI, c/c art. 55, inciso III, da Lei 8.666/93, fazendo constar critério de reajuste de preço que entenda tecnicamente adequado ao objeto da licitação.

Por fim, cite-se parte do voto do Ministro Raimundo Carneiro no recente Acórdão nº 36/2008 do Plenário do TCU, no qual é ressaltada a preponderância da garantia da manutenção da equação econômico-financeira do contrato frente ao princípio da vinculação ao edital:

As cláusulas de reajuste podem e devem ser revistas a qualquer tempo, em respeito à prevalência da garantia de manutenção da equação econômico-financeira do contrato. Princípios em aparente conflito devem ser sopesados, como manda a regra hermenêutica. No caso em exame, fetichismos, como o respeito cego ao princípio da vinculação ao ato convocatório, devem ser rejeitados de pronto à vista da preponderância do princípio do equilíbrio contratual, em conjunto com o princípio da vedação de enriquecimento sem causa. Ambos em benefício da Administração Pública e das próprias contratadas.

Diógenes Gasparini ressalta que a preocupação com a preservação da equação econômico-financeira não deve ser apenas formal, mas efetiva, traduzindo-se em um dever-poder da Administração:

A preocupação com a preservação da equação econômico-financeira não deve ser apenas formal, mas efetiva. Importa, por parte da Administração Pública, a prática obrigatória de atos e medidas que restaurem a isonomia da relação encargo-remuneração e, desde logo, façam desaparecer a desigualdade que a Constituição Federal forcejou por impedir. Trata-se, portanto, de *dever-poder* da Administração Pública contratante. Por ser assim, a prática desses atos é medida administrativa que independe de qualquer pedido do co-contratante onerado com o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. [...] É dever da Administração Pública contratante na medida em que se reconhece ao contratado particular o direito de ver, durante a vigência do ajuste ao qual empresta sua colaboração, preservada a equação econômico-financeira. É poder nos exatos termos em que se sabe ser a Administração Pública contratante a única detentora da competência para restaurar o equilíbrio da mencionada relação encargo-remuneração, desbalanceada por certo evento lícito como

é a alteração do projeto, ou ilícito, tal qual o descumprimento de cláusula contratual. Sendo assim, cabe-lhe recompor o agravo independentemente de qualquer instigação do contratado ou, no dizer de José Cretella Júnior, tomar as providências imediatas para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sempre que ocorrer alteração do ajuste que aumente os encargos do contratado (GASPARINI, 2004, (grifo do autor).

Gasparini esclarece que a manutenção da equação econômico-financeira é, na opinião de autores como Carlos Ari Sundfeld, José Cretella Júnior e Hely Lopes Meirelles, um dos muitos deveres da Administração. Dessa forma, como dever da Administração Pública, só pode ser para o contratado um direito, conforme prelecionam Jessé Torres Pereira Júnior e Toshio Mukai, afirmando este último que:

[...] embora a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato vá efetuar-se mediante acordo das partes, não poderá a administração negar sua concessão, sob pena de ilegalidade, pois aquele equilíbrio é um *direito subjetivo* do particular contratado ” (GASPARINI, 2004, (grifo do autor).

No mesmo sentido, é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 620), para quem “a equação econômico-financeira é um direito do contratante particular e não lhe pode nem lhe deve ser negado o integral respeito a ela.”

Conclui-se, portanto, que a repactuação - como mecanismo apto a garantir a manutenção do equilíbrio econômico dos contratos nos casos de serviços continuados - deve ser entendida como um direito subjetivo⁵ das partes contratantes. Diz-se “das partes contratantes”, pois a Administração deve valer-se do instituto para reequilibrar a equação econômico-financeira no caso de redução dos custos.⁶

Vale ressaltar que tal entendimento decorre da intangibilidade da equação econômico-financeira, consubstanciada no art. 37, XXI,

5 Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald definem direito subjetivo como o “poder que o titular tem de fazer valerem seus direitos individuais”, e explicam que “o direito subjetivo encontra-se envolto por algumas características evidentes: a) corresponde a uma pretensão conferida ao titular, paralelamente a um dever jurídico imposto a outrem; b) admite violação, pois o terceiro pode não se comportar de acordo com a pretensão do titular (gerando o direito à indenização pelo prejuízo causado); c) é coercível, podendo o sujeito ativo coagir o passivo a cumprir o seu dever; d) o seu exercício depende, fundamentalmente, da vontade do titular” (FARIA; ROSENVALD, 2006, p. 6/7).

6 Marçal Justen Filho explica que “a especial razão de utilização da repactuação nos contratos do art. 57, inc. II, reside em que a renovação contratual produz ganhos econômicos e ampliação da eficiência do particular. Se houver redução de seus custos, a consequência inafastável será a reavaliação da relação entre vantagens e encargos anteriormente pactuada” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 551).

da Constituição da República, que garante - nas contratações com a Administração Pública - a manutenção das condições efetivas da proposta, bem como da observância dos princípios da segurança jurídica, da isonomia, da indisponibilidade do interesse público e da boa-fé.

3.1 REPACTUAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO E A INTERPRETAÇÃO DO DECRETO Nº 2.271/97

Não obstante toda a construção doutrinária e jurisprudencial acerca do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o Decreto nº 2.271/97 dispõe no art. 5º:

Art. 5º - Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua *poderão, desde que previsto no edital*, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstrarão analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada (grifo nosso).

Considerando a repactuação como uma espécie de reajuste, e que o Decreto nº 2.271/97 apenas regulamentou o art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93, para os casos de serviços realizados de forma contínua,⁷ bem como a natureza jurídica do instituto, não há dúvida de que a expressão “poderão” deverá ser interpretada como “deverão”, traduzindo-se em um dever da Administração.

Em outras palavras, se o art. 40, XI - da Lei nº 8.666/93 - determina que o Edital indique, obrigatoriamente, critério de reajuste, retratando a variação efetiva do custo de produção, no caso da repactuação, o entendimento deve ser o mesmo. A repactuação nada mais é que uma espécie de reajuste para os contratos de serviços realizados de forma contínua.

Em relação à expressão “desde que previsto no edital” do art. 5º do Decreto nº 2.271/97, algumas considerações deverão ser feitas.

Toshio Mukai, citado por Marcelo Bruto da Costa Correia, afirma que, se o contrato não previr cláusula de reajuste, será nulo de pleno direito. Confira-se:

[...] no art. 55, da Lei 8.666/93, relativo às cláusulas necessárias do contrato, há o inciso III, que cuida de preços e condições de pagamento, periodicidade de reajuste etc. Não adianta deixar de colocar no contrato ou no edital, porque está na lei que é obrigatório

7 Tal entendimento decorre do Acórdão nº 1.309/2006 – Primeira Câmara – TCU.

o reajuste; se não houver qualquer das cláusulas do art. 55, esse contrato é nulo de pleno direito, porque elas são necessárias (CORREIA, 2006).

Marçal Justen Filho, por sua vez, explica que a ausência de previsão ou de autorização é irrelevante, pois o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro tem raiz constitucional:

O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação não deriva de cláusula contratual nem de previsão no ato convocatório. Tem raiz constitucional. Portanto, a ausência de previsão ou de autorização é irrelevante. São inconstitucionais todos os dispositivos legais e regulamentares que pretendem condicionar a concessão de reajuste de preços, revisão de preços, correção monetária a uma previsão no ato convocatório ou no contrato (JUSTEN FILHO, 2005, p. 551).

Diante do exposto, conclui-se que a falta de previsão no edital ou contrato não deverá ser um obstáculo para a aplicação da repactuação, pois, mais do que uma obrigação legal, a sua aplicação é uma obrigação constitucional que confere efetividade ao princípio do equilíbrio econômico dos contratos.

4 NOVA REGULAMENTAÇÃO DA REPACTUAÇÃO PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02/08 DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO

A Instrução Normativa nº 02 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão - MPOG, foi publicada no DOU de 02 de maio de 2008, com vigência a partir de 60 dias da sua publicação, e disciplina a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG.

A IN nº 02/08 revogou expressamente, no art. 55, a Instrução Normativa nº 18, de 22 de dezembro de 1997, que até então disciplinava de forma sucinta a repactuação nos itens 7.1, 7.2 e 7.3.⁸

8 “7. DA REPACTUAÇÃO DOS CONTRATOS

7.1 Será permitida a repactuação do contrato, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano, a contar da data da proposta, ou da data do orçamento a que a proposta se referir, ou da data da última repactuação.

7.2. Será adotada como data do orçamento a que a proposta se referir, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, que estipular o salário vigente à época da apresentação da

A nova Instrução Normativa disciplina a repactuação nos art. 37 a 41, sendo admitida nos casos de serviços continuados⁹ contratados com prazo de vigência igual ou superior a doze meses, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano.

A seguir, serão analisados os dispositivos da IN nº 02/08 específicos sobre a repactuação.

4.1 INICIATIVA DO PEDIDO DE REPACTUAÇÃO E BENEFÍCIOS OBRIGATÓRIOS

O art. 40 do IN nº 02/08 determina que as repactuações sejam precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços e do novo acordo ou convenção coletiva que fundamenta a repactuação. Não cabe à Administração tomar a iniciativa de repactuar para acréscimo contratual, apenas para decréscimo; pois a repactuação, não obstante ser um direito subjetivo, tem caráter patrimonial; logo, disponível.

O § 1º do art. 40 trouxe uma inovação em relação à antiga IN nº 18/97; vedou a inclusão, por ocasião da repactuação de benefícios não previstos na proposta inicial. No entanto, abriu exceção, nos casos de benefícios tornados obrigatórios por força de instrumento legal, sentença normativa, acordo coletivo ou convenção coletiva. Tal previsão privilegia o princípio da manutenção da equação econômico-financeira, pois, na medida em que benefícios se tornaram obrigatórios - por determinação legal - não é justo que uma das partes os suportem sozinho.

4.2 REPACTUAÇÃO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO ENTRE AS PARTES E PRINCÍPIO DA VANTAJOSIDADE

O § 2º do art. 40 estabelece que a repactuação apenas seja concedida mediante negociação entre as partes, considerando-se:

I - os preços praticados no mercado e em outros contratos da Administração;

proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente.

7.3. A repactuação será precedida de demonstração analítica do aumento dos custos, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços referida no subitem 1.1.5."

9 O Anexo I da IN nº 02 do MPOG define serviços continuados como aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração, e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente;

II - as particularidades do contrato em vigência;

III - o novo acordo ou convenção coletiva das categorias profissionais;

IV - a nova planilha com a variação dos custos apresentada;

V - indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes; e

VI - a disponibilidade orçamentária do órgão ou entidade contratante.

Não obstante a repactuação ser um direito do contratado, sua concessão depende da comprovação do rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, mediante a apresentação do disposto nos incisos III, IV e V. Quanto à Administração, caberá a análise do previsto nos incisos I, II e VI.

A previsão dos incisos I e II, bem como da negociação, configuram-se de extrema importância, pois evidenciam a possibilidade da utilização da repactuação para a redução de custos. Nesse caso, a atuação da Administração é fundamental; deve ser feita ampla pesquisa de mercado para comparação de preços e até mesmo a realização de diligência, para conferir a variação de custos alegada pela contratada, nos termos do § 6º do art. 40 da IN nº 02/08.

Tais condutas visam a garantir a continuidade da vantajosidade da contratação, nos termos do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93. No mesmo sentido é a determinação do § 2º do art. 41 da IN nº 02/08: a Administração deverá assegurar-se de que os preços contratados são compatíveis com aqueles praticados no mercado, de forma a garantir a continuidade da contratação mais vantajosa.¹⁰

4.3 FORMAS DE CONTAGEM DO INTERREGNO MÍNIMO DE 1 ANO PARA A PRIMEIRA REPACTUAÇÃO E SUBSEQÜENTES

Um ponto que causava grande polêmica na antiga IN nº 18/97 era a contagem do interregno mínimo de 1(um) ano para a primeira repactuação.¹¹ Tal questão parece ter sido resolvida pela IN nº 02/08.

10 Não sendo a contratação mais vantajosa, o contrato deverá ser rescindido nos termos do art. 78, XII, da Lei nº 8.666/93: "Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...)

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato."

11 O Tribunal de Contas da União fixou entendimento sobre a questão no Acórdão nº 1.563/2004 – Plenário.

Nos termos do art. 38, o interregno mínimo de 1(um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:

I - da data limite para apresentação das propostas constantes do instrumento convocatório; ou

II - da data do orçamento a que a proposta se referir, admitindo-se, como termo inicial, a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a maior parcela do custo da contratação for decorrente de mão-de-obra e estiver vinculado às datas-base destes instrumentos.

O art. 19, X, da IN nº 02/08, estabelece que o instrumento convocatório deve indicar a forma como será contada a periodicidade para a concessão da primeira repactuação. Desse modo, considerando a repactuação como um direito subjetivo, não cabe discricionariedade à Administração. Caso a maior parcela do custo da contratação seja decorrente de mão-de-obra e esteja vinculada às datas-base de acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, a Administração deverá fazer constar do instrumento convocatório a forma de contagem prevista no inciso II. Sendo assim, quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, com datas-base diferenciadas, a data inicial para a contagem da anualidade será a da categoria profissional que representar a maior parcela do custo de mão-de-obra da contratação pretendida, conforme parágrafo único do art. 38 da IN nº 02/08.

Tal entendimento também decorre da observância do princípio da indisponibilidade do interesse público, que impõe à Administração o dever de selecionar a proposta mais vantajosa, evitando arcar com desembolsos superiores aos necessários para a satisfação de seus fins. Assim, ao aplicar a forma de contagem prevista no inciso II, a Administração evita que a proposta englobe verbas destinadas a compensar o eventual prejuízo do particular.

Quanto às repactuações subseqüentes à primeira, o art. 39 da IN nº 02/08 estabelece que a anualidade seja contada a partir da data da última repactuação.

4.4 VIGÊNCIA DOS NOVOS VALORES CONTRATUAIS

Outra inovação relevante da IN nº 02/08 é a previsão do início da vigência dos novos valores contratuais decorrentes das repactuações,

com a possibilidade de vigência em data futura e em data anterior à repactuação. É o que dispõe o art. 41:

Art. 41. Os novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas observando-se o seguinte:

I - a partir da assinatura do termo aditivo;

II - em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade para concessão das próximas repactuações futuras; ou

III - em data anterior à repactuação, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão-de-obra e estiver vinculada a instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa que contemple data de vigência retroativa, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras.

Não obstante a possibilidade de negociação para a vigência dos novos valores contratuais em data futura, o contratado, no caso de ocorrência da hipótese prevista no inciso III, terá direito à vigência dos novos valores contratuais em data anterior à repactuação, pois, pelo princípio da boa-fé, a Administração deve respeitar integralmente a equação econômico-financeira avençada, a ser entendida com significado real e não apenas nominal. O mesmo entendimento deve ser aplicado para a contagem da anualidade em repactuações futuras, devendo a expressão “podendo” ser entendida como dever da Administração.

No caso de vigência dos novos valores contratuais em data anterior à repactuação, o § 1º do art. 41 estabelece que o pagamento retroativo deve ser concedido exclusivamente para os itens que motivaram a retroatividade, e apenas em relação à diferença porventura existente.

Merece comentários a hipótese em que a repactuação envolva revisão do custo de mão-de-obra vinculada a instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa que *não* contemple data de vigência retroativa. Nesse caso, a IN nº 02/08 não previu o direito à vigência dos novos valores contratuais em data anterior à repactuação; deve ser aplicada a hipótese do inciso I, ou, se houver acordo entre as partes, a hipótese do inciso II.

No caso de o instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa *não* contemplarem data de vigência retroativa, o mais sensato teria sido a previsão de um prazo razoável - a partir da data da convenção ou equivalente - para se fazer o pedido de repactuação, com a retroação

dos novos valores à data da convenção ou equivalente. Isso evitaria qualquer prejuízo ao particular. Porém, compete apenas ao contratante ser diligente e pleitear a repactuação o mais breve possível.

4.5 DECISÃO SOBRE O PEDIDO DE REPACTUAÇÃO E PAGAMENTO RETROATIVO

O § 3º do art. 40 da IN nº 02/08 dispõe que a decisão sobre o pedido de repactuação deva ser feita no prazo máximo de sessenta dias, contados a partir da solicitação e da entrega dos comprovantes de variação dos custos. Tal prazo ficará suspenso enquanto a contratada não cumprir os atos ou apresentar a documentação solicitada pela Administração, nos termos do § 5º do art. 40.

Por sua vez, o § 3º do art. 41 estabelece que a Administração “poderá” prever o pagamento retroativo ao período em que a proposta de repactuação permaneceu sob sua análise, por meio de Termo de Reconhecimento de Dívida. Aqui, mais uma vez, a expressão “poderá” também deve ser entendida como um dever da Administração. Todavia, deve ser descontado o prazo em que o procedimento ficou suspenso por culpa do contratado.

Quanto ao § 4º do art. 41, é importante ressaltar o acerto da IN nº 02/08, ao prever que, na hipótese do § 3º, o período em que a proposta permaneceu sob a análise da Administração será contado como tempo decorrido para fins de contagem da anualidade da próxima repactuação.

4.6 FORMALIZAÇÃO DA REPACTUAÇÃO

Outro ponto de destaque é o preceito do § 4º do art. 40 c/c § 3º do art. 30 da IN nº 02/08: a repactuação deve ocorrer mediante a lavratura de termo aditivo ao contrato vigente, e ser submetida à aprovação da consultoria jurídica do órgão ou entidade contratante.

Tal dispositivo veio pôr fim à discussão se a repactuação poderia ocorrer por simples apostila, nos termos do art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93, já que é uma espécie de reajuste.

Nos termos da lição de Marçal Justen Filho (2005, p. 551), anteriormente exposta, a repactuação apresenta aspectos do reajuste e da revisão. Assemelha-se ao reajuste em razão da periodicidade, pois sua realização está prevista para cada doze meses ou quando se promover a renovação contratual. Aproxima-se da revisão quanto ao seu conteúdo: não se promove mera e automática aplicação de um indexador de preços, mas examina-se a real evolução de custos do particular.

Assim, diante da necessidade de demonstração analítica da alteração dos custos, nada mais sensato do que a formalização de um termo aditivo e posterior aprovação da consultoria jurídica do órgão ou entidade contratante.

5 CONCLUSÃO

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, previsto no art. 37, XXI, da Constituição da República, é de observância obrigatória pela Administração, traduzindo-se em um dever de preservar as condições econômicas da proposta por ela aceita para a realização de um contrato. E, como um dever da Administração, nada mais é que um direito do contratado.

A repactuação, como mecanismo apto a garantir a manutenção do equilíbrio econômico dos contratos nos casos de serviços continuados, deve ser entendida como um direito subjetivo não apenas do contratado, mas das partes contratantes. Deve ser invocada pelo contratado, no caso de elevação dos custos, e pela Administração, caso ocorra diminuição.

A natureza jurídica da repactuação, como direito subjetivo, deve pautar a interpretação de toda a legislação que regulamenta o instituto, começando pela Lei 8.666/93, que regulamenta o reajuste de forma geral, passando pelo Decreto nº 2.271/97 e culminando na Instrução Normativa nº 02/08 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão - MPOG.

Assim, a repactuação deve ser obrigatória para os contratos tratados pelo Decreto nº 2.271/97, cujo objeto seja a prestação de serviços executados de forma contínua. Além disso, a falta de previsão no edital ou contrato não deverá ser um obstáculo para a aplicação do instituto; mais do que uma obrigação legal, a sua aplicação é uma obrigação constitucional.

Por fim, a interpretação e aplicação da IN nº 02/08 do MPOG, pautada na natureza jurídica da repactuação, tem a trazer somente ganhos às partes contratantes: preserva-se, desse modo, a segurança jurídica e a isonomia da contratação, o princípio da indisponibilidade do interesse público e da boa-fé, e a efetividade do princípio do equilíbrio econômico dos contratos.

REFERÊNCIAS

BORGES, Alice Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 846, 27 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7509>>. Acesso em: 02 jun. 2008.

CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. O poder-dever de reajustar os contratos administrativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1187, 1 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8988>>. Acesso em: 02 jun. 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil, teoria geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Reajuste, revisão e repactuação*. Zênite DOUTRINA – 416/123/MAI/2004. Disponível em <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em 09 jun. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O equilíbrio-financeiro dos contratos administrativos, a lei nº 8.666 e o plano real*. Zênite DOUTRINA – 475/8/OUT/1994. Disponível em <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em 09 jun. 2008.

LIMA, Renata Faria Lima. *Equilíbrio econômico-financeiro contratual no direito administrativo e no direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAIS, Dalton Santos. *A repactuação de preços à luz do princípio da preservação do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos de serviços contínuos na esfera federal*. Zênite DOUTRINA/PARECER/COMENTÁRIOS – 766/115/SET/2003. Disponível em <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em 09 jun. 2008.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 06 Jul. 2008.

PARÂMETROS JURÍDICOS E ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Fabício Rezende de Carvalho

*Pós-Graduado em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-MINAS)*

Sumário: Introdução; 1 Origem da ADPF e seu papel dentro do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade; 2 Preceito: norma, regra ou princípio?; 3 Normas constitucionais protegidas pela ADPF; 4 Localização dos preceitos fundamentais; 5 Conceito de preceito fundamental; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise dos contornos jurídicos em torno do conceito de preceito fundamental, previsto no art. 102, § 1º, da Constituição da República de 1988. Para tanto, foi feita uma análise da origem e do papel da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental no sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, bem como de seu estudo pela doutrina e de sua interpretação nos julgados já proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de que fosse possível estabelecer parâmetros que orientassem a identificação das normas constitucionais que poderiam ser objeto de proteção por meio da mencionada ação.

PALAVRAS-CHAVE: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contornos Jurídicos. Normas Constitucionais. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT: The goal of this paper is to analyse the juridical contours of the concept of fundamental precept, foreseen in the article 22, 1st §, of the Federal Constitution of 1988. For that, it was done as an analysis of the origin and role of the Breach of Fundamental Precept Action in the control system adopted in Brazil, as well as its study by the doctrine and of its interpretation in The Supreme Federal Court, in order to stablish parameters to guide the identification of constitutional norms which could be object of protection by means of the mentioned action.

KEYWORDS: Inquiry of Breach of Fundamental Precept. Juridical Contours. Constitutional Norms, Control of Constitutionality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca desenvolver um estudo crítico acerca do alcance do conceito de preceito fundamental para fins de interposição de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

A pertinência de tal tema justifica-se claramente em razão da importância da ADPF - dentro do contexto do controle de constitucionalidade vigente no Brasil, haja vista que se trata de ação especialmente destinada a provocar a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal (STF) para a tutela da supremacia dos preceitos fundamentais decorrentes da própria Constituição. Em outras palavras, é uma ação destinada a dar plena efetividade ao texto constitucional.

Ademais, a ADPF, tal como regulamentada pela Lei nº 9.882/99, destina-se ao controle abstrato de atos infralegais e concretos das entidades políticas, além de também ter por finalidade a verificação da legitimidade do direito ordinário preexistente à Constituição.

Trata-se, portanto, de instrumento de extrema relevância dentro do panorama da jurisdição constitucional brasileira, mas que ainda não possui seus contornos bem delimitados, o que, infelizmente, acaba por inibir a utilização desse instituto.

Com efeito, uma das questões mais importantes que envolvem a ADPF é o estudo do conceito do que seja preceito fundamental, pois esse conceito é um pressuposto lógico para se verificar o cabimento de tal ação, uma vez que se trata de expressão integrante da própria nomenclatura dessa relevante ação constitucional.

1 ORIGEM DA ADPF E SEU PAPEL DENTRO DO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A ADPF, tal como instituída pelo legislador constituinte de 1988, e regulamentada pela Lei nº 9.882/1999, constituiu inovação no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Trata-se, assim, de uma criação do direito pátrio, sem paralelo no direito comparado.

Todavia, pode-se verificar a existência de institutos em outros países que claramente serviram de inspiração para o legislador brasileiro, como o *Writ of Certiorari* do direito norte-americano, o *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão, e o recurso de amparo do direito espanhol, conforme leciona Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 432).

Segundo o mencionado autor,

[...] entre tais institutos, identifica-se o writ of certiorari do direito norte-americano, que consiste num pedido formulado à Supreme

Court por quaisquer das partes de um processo em curso perante outras instâncias judiciais, a fim de que a Corte dirima determinada questão já decidida, ou ainda pendente de decisão (*certiorari before judgement*), quando existam importantes e especiais razões para isso – circunstância que revela o considerável grau de discricionariedade do Tribunal em admitir ou não o pedido. Há, ademais, a *Popularklage* do direito bávaro, que corresponde a uma ação popular que se destina à impugnação de leis ou regulamentos lesivos aos direitos fundamentais (Constituição da Bavária, art. 98, n° 4.) Também existe o *Bechwerde* do direito austríaco, instituído como um recurso constitucional, por meio do qual o particular pode impugnar diretamente junto ao Tribunal Constitucional uma lei violadora de direito fundamental, desde que esgotada previamente a via administrativa. Ainda, há o recurso de amparo do direito espanhol, por meio do qual qualquer cidadão pode defender um direito fundamental seu junto ao Tribunal Constitucional, em face de violação originada de qualquer ato do poder público, desde que exaurida a via judicial. [...] Contudo, entre tais institutos do direito estrangeiro destaca-se, com especial proximidade da nossa arguição de descumprimento, o *Verfassungsbeschwerd* do direito alemão, previsto no art. 93, n°-A, da Lei Fundamental, segundo o qual compete ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre os recursos constitucionais interpostos por qualquer cidadão na defesa de seus direitos fundamentais lesados por ato do poder público. [...] (CUNHA JÚNIOR, 2006, p. 432).

Vale salientar que, no próprio direito brasileiro, existiu e ainda existe ação especialmente direcionada à proteção de determinadas normas constitucionais, conhecida como representação para fins de intervenção, prevista na Constituição de 1934, que seria correspondente à atual ação direta de inconstitucionalidade interventiva, nos termos do art. 36, inciso III, da atual Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2006, p. 439).

A ADPF representou uma novidade no sistema de controle de constitucionalidade, na medida que permitiu que se viabilizasse o controle abstrato de normas anteriores à Constituição, o controle do direito municipal diretamente em face da Carta Federal e dos atos normativos infralegais do Poder Público, além de possibilitar um controle incidental concentrado, em virtude da modalidade prevista no inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/1999.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento da ADPF nº 33,

a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade, de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de normas – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, ao lado dos instrumentos de omissão, especialmente da ação direta por omissão –, poderão ser objeto de exame no âmbito desta nova ação.

Pode-se entender, portanto, que a ADPF tem o papel de preencher as lacunas existentes no controle de constitucionalidade judicial brasileiro, de modo a formar com as demais ações um complexo sistema de controle de constitucionalidade.

Além disso, como ressaltado por José Afonso da Silva (2006, p. 562), o § 1º do art. 102, da Constituição, poderá se configurar em importante instrumento de *“alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo nosso Pretório Excelso.”*

Ou seja, a ADPF possui fundamental importância para o exercício da jurisdição constitucional, como ferramenta de garantia da ordem jurídica e de preservação dos valores do Estado Democrático de Direito.

Ao lado dessas características que lhe são peculiares, a ADPF, segundo entendimento majoritário da doutrina, também se diferencia da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, por se destinar à proteção específica de determinadas normas constitucionais, os preceitos fundamentais. Além disso, como ressaltado por André Ramos Tavares (2007, p. 58), a ADPF tem lugar quando houver “descumprimento” de preceito fundamental, sendo que, este termo, “descumprimento”, possui sentido mais amplo do que o de “inconstitucionalidade”, justamente por se originar de atos normativos e não-normativos, ao passo que a “inconstitucionalidade” é uma decorrência tão-somente dos atos normativos.

Demonstrada a importância da ADPF para o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, cumpre iniciar a análise pertinente ao parâmetro orientador do cabimento de tal ação, ou seja, o conceito de preceito fundamental.

2 PRECEITO: NORMA, REGRA OU PRINCÍPIO?

O legislador constituinte, ao estabelecer a criação da ADPF, utilizou a expressão preceito, em vez de utilizar outra, como norma, princípio ou regra.

Diante de tal constatação, há que se perquirir o exato alcance de tal expressão, antes de adentrar especificamente no conceito de “preceito fundamental”, expressão que até então não havia sido utilizada em nenhuma das constituições anteriores.

Nesse ponto, parece que o legislador constitucional optou pela utilização da expressão “preceito”, por se tratar de termo mais genérico, o qual pode abarcar os conceitos de regras e princípios. Ademais, o constituinte, muito provavelmente, buscou evitar que os intérpretes do texto constitucional limitassem as hipóteses de cabimento da ADPF às violações dos princípios fundamentais previstos no Título I da Constituição de 1988, o que fatalmente ocorreria, caso tivesse sido utilizada a expressão “princípio fundamental” no § 1º, do art. 102 da Constituição (PAULO; ALEXANDRINO, 2007, p. 828).

De modo semelhante, a maioria da doutrina entende que o termo “preceito”, deve ser encarado como sinônimo de norma, de modo a englobar princípios e regras. Esse entendimento é sintetizado de maneira singular por André Ramos Tavares:

Adota-se, comumente, uma categoria geral, um gênero, que são as normas; e suas espécies, as regras e os princípios. Estas duas últimas, pois, são elementos que compõem o conjunto maior denominado normas. Nos quadrantes do Direito, a noção de preceito ancora-se na idéia de ‘ordem’, ‘mandamento’, ‘comando’, identificando-se, uma vez mais, com o conteúdo que se encontra tanto em regras como em princípios. Assim, torna-se sinônimo de ‘norma’, no sentido empregado acima, designativo das regras e dos princípios jurídicos (2001, p. 51).

Dirley da Cunha Júnior, salienta que tal conclusão conta com o amparo de grande parte da doutrina mundial de constitucionalistas:

A compreensão dos princípios como espécie de normas, que apenas se distinguem das regras, outra espécie normativa, vem sendo adotada em quase todo o mundo por constitucionalistas da importância de Jean Boulanger, Joseph Esser, Jerzy Wróblewski, Ronaldo Dworkin, Robert Alexy, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, Vezio Crisafulli, Gomes Canotinho, Jorge Miranda, Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, só para citar alguns (2006, p. 441).

O Supremo Tribunal Federal também teve oportunidade de se manifestar especificamente sobre esse ponto, por ocasião do julgamento da ADPF nº 33.

Naquela oportunidade, a despeito de tal discussão não constar na ementa do julgado, os Ministros do STF ponderaram acerca do que se deve entender por preceito, se abrangente de regras e princípios ou se sinônimo de regra.

O Ministro Gilmar Mendes deixou assentado que a lesão a preceito fundamental não ocorrerá tão-somente quando forem violados os princípios fundamentais, mas também quando forem ofendidas as regras que confirmam densidade aos princípios fundamentais.

Por seu turno, o Ministro Eros Grau fez questão de deixar registrado que entende que preceito e norma são gêneros, dos quais os princípios e as regras são espécies, no mesmo sentido do posicionamento majoritário da doutrina, conforme mencionado acima.

De modo diferente, o Ministro Carlos Ayres Brito, baseando-na redação do art. 29 da Constituição, concluiu que preceito é regra, não podendo se confundir com princípio.

Destarte, a despeito da opinião divergente do Ministro Brito, e considerando-se um certo consenso doutrinário no que tange ao entendimento do que seja “preceito”, pode-se concluir que normas e preceitos podem ser tidos como sinônimos, pois ambas as espécies contêm a idéia de comando e mandamento, englobando como espécies as regras e os princípios.

3 NORMAS CONSTITUCIONAIS PROTEGIDAS PELA ADPF

Mais especificamente no que tange aos contornos jurídicos relativos ao conceito do que seja “preceito fundamental”, algumas colocações merecem ser feitas.

Primeiramente, há de se registrar uma primeira discussão acerca dos contornos da expressão “preceito fundamental, decorrente desta Constituição”. A ADPF seria uma ação vocacionada para a defesa de todas as normas constitucionais, ou de apenas algumas?

Em outras palavras, considerando que a Constituição é a lei fundamental de um Estado, poder-se-ia admitir que determinadas normas constitucionais fossem mais importantes do que outras?

O entendimento minoritário na doutrina é no sentido de que, sendo a Constituição um documento único, que norteia todo o ordenamento jurídico de um Estado, seria incabível falar-se em supremacia ou maior importância de determinadas normas constitucionais. Ou seja, não se poderia aceitar que alguns preceitos constitucionais fossem mais importantes do que outros, de modo a admitir uma proteção por uma específica ação.

Esse posicionamento pode ser encontrado nas lições de Thomas da Rosa de Bustamente (2008), segundo o qual:

É perfeitamente sustentável, portanto, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental para curar a violação de qualquer norma jurídica expressa ou implicitamente consagrada no texto da Constituição da República, ainda mais porque a ação destina-se à correção de atos inconstitucionais, justificando assim uma interpretação ampliativa aos pressupostos.

Todavia, a questão parece ser mais bem analisada ao se entender que, a despeito da inexistência de uma hierarquia formal entre as normas da Constituição, deve ser reconhecida uma hierarquia axiológica entre elas, ou seja, o reconhecimento de que determinados preceitos, em virtude dos relevantes valores que consagram, se tornem mais importantes (fundamentais) do que outras normas constitucionais.

É nesse sentido que se manifesta a doutrina mais abalizada sobre o assunto, como Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 440), Luís Roberto Barroso (2006, p. 250), dentre outros.

Ademais, pode-se acrescentar que não haveria lógica na criação de uma outra ação destinada à proteção de todos os preceitos contidos da Constituição, ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Nesse sentido, são os ensinamentos do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso (2002):

Não há dúvida de que não será objeto da arguição a lesão a qualquer norma constitucional. A lesão a qualquer norma constitucional será objeto da ação direta de inconstitucionalidade. A norma constitucional objeto da arguição de descumprimento é a que compreende prescrição constitucional fundamental.

4 LOCALIZAÇÃO DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS

Uma outra questão sobre a qual há controvérsias é aquela referente à localização dos preceitos fundamentais para fins de ADPF. Em outras palavras, somente os preceitos contidos no texto constitucional serviriam como parâmetro para o ajuizamento dessa ação, ou aqueles contidos na legislação infraconstitucional também se prestariam para tanto?

Acerca desse tema, Hélder Martínez Dal Col (2008) noticia a existência de entendimentos no sentido de que a Constituição não teria limitado o cabimento de ADPF aos preceitos previstos dentro de seu texto, haja vista que a expressão “decorrente desta Constituição”,

utilizada no § 1º, do art. 102, autorizaria a conclusão de que os preceitos fundamentais protegidos pela ADPF poderiam estar localizados fora do texto constitucional. Defensores dessa tese seriam Maria Garcia e Sérgio Resende de Barros.

Contudo, para o exame de tal controvérsia, não se pode esquecer de que é cediço que a Constituição veicula normas de modo implícito e explícito. Logo, os preceitos fundamentais, como sinônimos de normas, também podem estar explícitos ou implícitos no texto constitucional.

Assim, há de se entender que, por meio de uma interpretação lógico-sistemática do texto constitucional, é possível a extração de princípios (espécies do gênero norma) que, apesar de não estarem expressamente enunciados, indubitavelmente compõem o modelo normativo previsto na Constituição. Exemplos desses princípios são o duplo grau de jurisdição e a razoabilidade.

Ademais, ante o disposto no art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, é claramente permitida pelo texto constitucional a existência de princípios implícitos, ao menos no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, considerando a existência de preceitos implícitos, deve-se entender que a ADPF presta-se à defesa dos preceitos fundamentais previstos expressamente na Constitucional e também daqueles que são decorrentes do texto constitucional, como uma consequência lógica da sistematicidade que deve existir em um texto constitucional. Logo, se um desses princípios implícitos for classificado como fundamental, deve ser protegido pela ADPF.

5 CONCEITO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Especificamente no que tange a um conceito aproximado do que seja preceito fundamental, pode-se verificar que tanto o legislador infraconstitucional, quanto o legislador ordinário optaram por não elaborar uma definição ou mesmo um rol do que seja preceito fundamental.

Deve-se entender que tal atitude foi salutar, na medida em que a interpretação do texto constitucional é algo que reflete ou deve refletir as mudanças pelas quais a realidade social passa. Logo, algumas disposições que hoje poderiam ser tidas como preceito fundamental, poderão, no futuro, deixar de sê-lo. Dessa maneira, o legislador proporcionou que fosse feita uma “interpretação evolutiva da Constituição.” (SARMENTO, 2001, p. 91).

Desse modo, para que não haja um engessamento da interpretação da expressão “preceito fundamental”, o legislador teve o cuidado de se omitir, passando a incumbência de definir os contornos de tal expressão à especulação da doutrina e à decisão do STF.

A doutrina, no trabalho de delimitar o conceito de “preceito fundamental”, atingiu uma certa uniformidade, no sentido de que a mencionada expressão engloba os valores mais importantes à sociedade e ao Estado consagrados na Constituição, o que, em outros termos, significaria a identificação dos preceitos fundamentais com os princípios fundamentais, os princípios sensíveis e as cláusulas pétreas.

É de se destacar o posicionamento de André Ramos Tavares (2001, p. 53), na condição de um dos maiores estudiosos da ADPF: *“são preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional, conferindo-lhe identidade, exteriorizando o sustentáculo da própria Constituição.”*

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2001): *“preceitos fundamentais poderão ser consideradas todas as normas constitucionais (ainda que não expressamente positivadas) enunciando princípios e direitos fundamentais, evidentemente não restritos aos Títulos I e II da nossa Carta Magna.”*

Outra opinião relevante sobre o tema é a exposta por Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 441), segundo o qual, a despeito das dificuldades de uma conceituação mais precisa acerca do tema, pode-se entender preceito fundamental como toda norma constitucional – norma-princípio ou norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. Em suma, seriam as normas que veiculam os valores supremos da sociedade.

O mencionado jurista ressalta que caberá ao STF e à doutrina a definição do que seja preceito fundamental, em conformidade com as peculiaridades de cada caso. Entretanto, já se pode falar em um consenso ao identificar alguns dispositivos constitucionais como preceitos fundamentais; entre eles, os arts. 1º ao 4º, as normas que veiculam os direitos e garantias fundamentais, o art. 34, VII, as limitações materiais implícitas e explícitas ao poder reformador, bem como as normas referentes à organização política do Estado e dos próprios poderes.

No âmbito do STF, que é inegavelmente a instância competente para fixar o conceito de preceito fundamental, a questão já foi objeto de análise.

Na ADPF nº 1, o Ministro Néri da Silveira tangenciou o tema e citou a doutrina do Ministro Oscar Dias Corrêa, segundo o qual

[...] desde logo, podem ser indicados, porque, pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado; o voto secreto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais.

O Ministro Carlos Brito, em seu voto na ADPF nº 33, entendeu que o âmbito de atuação dessa ação constitucional abrange tão-somente os preceitos fundamentais previstos na Constituição (Título II), não abarcando os princípios fundamentais, baseando-se na sua conclusão de que preceito é regra, sendo, portanto, diferente de princípio. Ou seja, entendeu o Ministro que as regras constitucionais que densificam os princípios fundamentais poderiam ser consideradas preceitos fundamentais.

Apesar de todas as opiniões abalizadas sobre o tema, pode-se verificar que a melhor análise da questão até o momento foi aquela proferida no voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do ADPF nº 33, que representou um verdadeiro marco no estudo dessa ação constitucional.

Naquela ocasião, assim entendeu o Ministro Gilmar Mendes:

É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da argüição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. [...] O efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas ‘cláusulas pétreas’, parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados ‘princípios sensíveis’, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados ‘preceitos fundamentais’. [...] É o estudo da ordem constitucional no

seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. [...] Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

Ante a profundidade da análise feita pelo Ministro Gilmar Mendes, não se pode deixar de aderir às suas conclusões.

Com efeito, pode-se entender que os preceitos fundamentais são aquelas normas, implícitas ou explícitas no texto constitucional, que se mostram de essencial importância para a sociedade ou para a organização do Estado. Ou seja, são normas basilares, sem as quais o sistema constitucional traçado pelo legislador de 1988 careceria de unidade e coerência. Em resumo, são as normas que condensam o que há de mais relevante na Constituição.

Isso posto, é fora de dúvida, conforme ressaltado por boa parte da doutrina, bem como pelo STF, como acima explicitado pelo Ministro Gilmar Mendes, que alguns dispositivos constitucionais devem ser considerados como preceitos fundamentais.

Assim, podem ser citadas as normas dos Títulos I (Princípios Fundamentais) e II (Direitos e Garantias Fundamentais), a separação de poderes (funções), a autonomia dos estados-membros, as cláusulas pétreas, os princípios constitucionais sensíveis.

Fora desse rol, a classificação de um determinado preceito constitucional como fundamental demandaria uma investigação pormenorizada a ser feita tendo em vista o caso concreto.

Vale ressaltar também que os preceitos fundamentais, como visto, não se limitam aos princípios fundamentais encartados nos arts. 1º a 4º da Constituição, pois o conceito daqueles é mais amplo.

Quanto a esse ponto, é importante registrar o pensamento de José Afonso da Silva (2006, p. 592), que foi quem melhor sintetizou

a diferença que existe entre preceitos fundamentais e princípios fundamentais. Segundo o mencionado jurista, o conceito de preceito fundamental deve ser diferenciado do de princípio fundamental, por ser o primeiro mais abrangente que o segundo. De acordo com José Afonso da Silva, o conceito de preceito fundamental é mais amplo justamente por conter, além de princípios fundamentais, todas as prescrições que dão sentido básico ao regime constitucional. A partir daí, conclui o citado autor, o art. 102, § 1º, da Constituição poderá servir como fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

6 CONCLUSÃO

Após essas breves considerações, pode-se chegar a algumas conclusões.

Primeiramente, verifica-se que os preceitos fundamentais englobam tanto os princípios quanto as regras constitucionais fundamentais.

No que tange às normas constitucionais que poderiam ser objeto de defesa por meio da ADPF, conclui-se que somente aquelas que sejam reconhecidas como “fundamentais” é que merecem tal proteção, pois não seria lógico entender que o legislador constituinte criasse a ADPF, ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), como uma ação destinada à proteção de toda e qualquer norma constitucional.

Ademais, também se pode concluir que os “preceitos fundamentais” podem estar implícitos e explícitos no texto constitucional, o que demanda, no último caso, uma investigação mais pormenorizada por parte do intérprete constitucional.

Especificamente no que concerne ao conceito dos preceitos fundamentais, há de se ressaltar que há um determinado consenso na doutrina e nas análises que o STF até agora fez sobre a questão, no sentido de considerar como fundamentais os preceitos que veiculam os valores supremos consagrados no texto constitucional, ou as normas basilares do sistema constitucional brasileiro, sem as quais a Constituição perderia a sua essência, a sua “alma”.

Diante desse entendimento, também se conclui que, apesar de se não se tratar de tarefa fácil, é possível indicar, *a priori*, as normas constitucionais que poderiam ser consideradas preceitos fundamentais, tais como as normas dos Títulos I (Princípios Fundamentais) e II (Direitos e Garantias Fundamentais), a separação de poderes (funções), a autonomia dos estados-membros, as cláusulas pétreas, os princípios constitucionais sensíveis.

Ademais, a classificação de outras normas como preceitos fundamentais, em face da omissão do legislador constituinte e ordinário, deve ser feita caso a caso, e tendo em vista a cambiante realidade social.

Na realização dessa tarefa, nunca se pode perder de vista que o delineamento do conceito de preceito fundamental deve ser norteado pelo princípio da razoabilidade, para que sejam evitadas conclusões excessivamente ampliativas ou restritivas. Na primeira hipótese, ao se reconhecer como passíveis de defesa por meio da ADPF todas as normas constitucionais, poder-se-ia acarretar uma sobreposição entre ADPF e ADI, ante a confusão de seus objetos, numa evidente contradição dentro do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. No segundo caso, conclusões excessivamente restritivas ensejariam um “engessamento” desse importante instrumento da jurisdição constitucional, que constitui mecanismo de grande valia para a proteção dos direitos e garantias fundamentais, bem como para as demais normas de essencial importância para a sociedade e o Estado, e, por consequência, para o Estado Democrático de Direito.

Por fim, há de se fazer um destaque para as palavras do Ministro Joaquim Barbosa, em decisão monocrática proferida na ADPF 114, acerca da importância dessa ação constitucional para o ordenamento jurídico brasileiro. Naquela ocasião, o Ministro deixou registrado que o comprometimento da efetiva utilização da ADPF

[...] representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Legislação Regulamentadora*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (coords.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)* n. 1, Plenário, Relator Ministro Néri da Silveira, Publicação ‘DJ’ 07 nov. 2003. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2008.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)* n. 33, Plenário, Relator Ministro Gilmar Mendes, Publicação 'DJ' 07 dez. 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2008.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)* n. 114, Decisão Monocrática, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Publicação 'DJ' 27 jun. 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2008.

BUSTAMANTE, Thomas Rosa de. *Arguição de Preceito Fundamental e sua Regulamentação*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=238>. Acesso em: 22 jul. 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). *Ações Constitucionais*. Salvador: Jus Podivm, 2006.

DAL COL, Helder Hernandez. *O Significado da Expressão "Preceito Fundamental" no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Prevista no artigo 102, §1º, da CF*. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2322>. Acesso em: 22 jul. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=236>. Acesso em: 22 jul. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Art. 102, § 1º, CF)*. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=235>. Acesso em: 22 jul. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de controle e objeto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (coords.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei n. 9.882/99 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (coords.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2007.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (coords.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Alguns Aspectos Controversos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (coords.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Alguns Aspectos Controversos. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 3, junho 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 jul. 2008.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (coords.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Saraiva 2006.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental: Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (coords.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

TAVARES, André Ramos. Repensando a ADPF no Complexo Modelo Brasileiro de Controle da Constitucionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras Complementares de Constitucional – Controle de Constitucionalidade*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 12, março, 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 jul. 2008.

(IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO EM FAVOR DA SOCIEDADE

Fernanda de Oliveira Azevedo

*Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-MINAS)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A vedação constitucional às provas obtidas ilicitamente; 2 O princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas; 3 As possibilidades de admissibilidade das provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho estuda a vedação constitucional às provas obtidas ilicitamente e sua mitigação em face do princípio da proporcionalidade. Analisa algumas situações que admitem as provas ilícitas no processo penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: Provas Ilícitas. Princípio da proporcionalidade. Admissibilidade das provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*.

ABSTRACT: The present work studies the constitutional prohibition of the proofs obtained illicitly and its mitigation according to the principle of proportional justice. It analyzes some situations that admit the illicit proofs in the Brazilian criminal proceeding.

KEYWORDS: Illicit proofs. Principle of proportional justice. Admissibility of the illicit proofs *pro reo* and *pro societate*.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo o estudo da produção das provas no direito processual penal brasileiro, dando enfoque às provas obtidas ilicitamente, que se discute muito, atualmente, sobre a possibilidade de sua admissibilidade.

Será analisada a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, nestes termos: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (art. 5º, inciso LVI), no contexto do Estado Democrático de Direito.

Posteriormente, um estudo sobre a admissibilidade das provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*, em face do princípio da proporcionalidade.

Finalmente a conclusão deste artigo é analisar as situações nas quais as provas obtidas ilicitamente podem e devem ser admitidas no processo penal brasileiro, acarretando uma mitigação na regra constitucional sobre o tema.

1 A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PROVAS OBTIDAS LICITAMENTE

A Constituição da República de 1988 consagrou, em seu texto constitucional, diversos direitos e garantias fundamentais que, conforme ensinamentos de Canotilho, têm:

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (1999, p. 383).

O Estado Democrático Brasileiro, ao estabelecer direitos e garantias fundamentais aos indivíduos, impõe limites à produção de provas no processo penal brasileiro. Não é toda e qualquer prova produzida que será considerada válida no processo penal.

O princípio da inadmissibilidade de utilização, em juízo, das provas obtidas por meio ilícito é uma das garantias constitucionais contempladas na Constituição Federal, nos termos, “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (art. 5º, inciso LVI).

Esta proibição configura essencial garantia do indivíduo em relação à ação persecutória do Estado, que está adstrito a fazer uso de meios probatórios que não atendem contra direitos e garantias fundamentais.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira,

[...] mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, a aludida norma constitucional cumpre uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle de regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao tempo em que também tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica. (2002, p. 267).

Conforme lição de Alexandre de Moraes (2003), provas ilegais são o gênero que inclui as espécies provas ilícitas e provas ilegítimas.

A prova ilícita é aquela obtida com infringência ao direito material, como por exemplo, a confissão mediante tortura; a prova ilegítima, com violação a regras de natureza processual, tal como o depoimento exibido em plenário do Tribunal do Júri fora do prazo do art. 457, do CPP.

Contudo, apesar de a Constituição da República ter proibido, de maneira absoluta, o uso de prova ilícita no processo, nenhum direito e garantia constitucional são verdadeiramente absolutos e ilimitados. Isto porque, *“é impossível a proteção de todos os direitos assegurados na ordem jurídica, pelo fato de que, muito que se imagina, o exercício de um, por alguém, impedirá ou atingirá o exercício de outro, de um terceiro”* (OLIVEIRA, 2002, p. 291).

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS

Em uma ordem pluralista em que coexistem diversos princípios, por vezes contrapostos, é possível uma colisão de princípios. Luís Roberto Barroso (2002) ensina que a incidência dos princípios não pode ser em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade, mas através de uma dimensão de peso ou importância. Na existência de antagonismos inevitáveis, o intérprete, conforme os elementos do caso concreto, deverá fazer escolhas fundamentadas.

Luís Roberto Barroso (2002) explana que princípios constitucionais devem ser interpretados de forma harmoniosa, sendo

que, em caso de conflito de normas, a solução para a colisão será através da técnica denominada ponderação de interesses ou ponderação de valores, segundo a qual, busca o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos no caso concreto.

Acrescenta ainda Luís Roberto Barroso que:

Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (*v. infra*) e a preservação, tanto quanto possível do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada (2002).

É, outrossim, o entendimento de Humberto Bergmann Ávila, a saber:

Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas. Por exemplo: a tensão que se estabelece entre a proteção da dignidade humana e da esfera íntima de uma pessoa (CF, art. 1º, III e art. 5º, X) e o direito de proteção judicial de outra pessoa (CF, art. 5º, XXXV) não se resolve com a primazia imediata de um princípio sobre o outro. No plano abstrato, não há uma ordem imóvel de primazia, já que é impossível saber se ela seria aplicável a situações ainda desconhecidas. A solução somente advém de uma ponderação no plano concreto, em função da qual se estabelece que, naquelas condições, um princípio sobrepõe ao outro (1999, p.158-159).

Neste diapasão, conforme doutrina de Paulo Bonavides (2005), nenhuma norma Constitucional deve ser interpretada em contradição com outra norma Constitucional, e, atendendo-se que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, que foi primeiramente estudado e aplicado no direito alemão, funciona como critério para a solução de conflitos de direitos e garantias fundamentais, através de

juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, nestes termos:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos. (BOVANIDES, 2005, p.425).

A doutrina reconhece que o princípio da proporcionalidade é constituído por três subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, o pressuposto da adequação, significa que qualquer medida que o Poder Público adote deverá ser apta a atingir o objetivo pretendido. O subprincípio da necessidade significa que uma restrição de direito somente será legítima se não for possível adotar outra medida menos gravosa que seja capaz de atingir o mesmo objetivo. Por fim, o elemento da proporcionalidade em sentido estrito, que somente é exercido depois de verificado os subprincípios supramencionados, e cabe averiguar se os objetivos positivos obtidos superam as desvantagens decorrentes da restrição a um ou outro direito.

Portanto, o princípio da proporcionalidade

significa que, ao se analisar uma lei restritiva de direitos, deve-se ter em vista o fim a que ela se destina, os meios adequados e necessários para atingi-lo e o grau de limitação e de promoção que ela acarretará aos princípios constitucionais que estejam envolvidos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).” (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 164).

Neste sentido, Barbosa Moreira nos dá a compreensão exata da importância da aplicação do princípio da proporcionalidade:

Alude-se, a tal propósito, ao chamado princípio da proporcionalidade. Cabe verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites determinados pela necessidade; ou se, contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, ou se a infração gerou dano superior ao benefício

trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar-se dos dois males, se escolheu realmente o menor. (1997, p. 126-127).

Rodolfo Viana Pereira, analisando os ensinamentos de Robert Alexy, enfatiza que a ponderação de interesses deverá ser realizada de maneira racional, sendo que, para atingir esta racionalidade, deverá observar as três sub-regras do princípio da proporcionalidade.

Importa sublinhar que o autor faz questão de ressaltar que essa *ponderação* deve ser feita de modo discursivamente racional e, por isso, faz referência explícita à vinculação da teoria dos princípios com a *regra* (ou *máxima*) da proporcionalidade, concebendo-a como um dos critérios centrais na configuração de dita racionalidade. Essa regra vai implicar a necessidade de observação de três sub-regras, a saber: *regra da adequação, regra da necessidade, e regra da proporcionalidade em sentido estrito*. Toda *ponderação de interesses*, pois, para ser consolidada *racional* na solução de uma colisão de princípios, deve ser, ao mesmo tempo, *adequada, necessária e proporcional*. (PEREIRA, 2001, p. 145-146).

Assim, em determinadas circunstâncias, pode-se haver um conflito de direitos, que deve ser solucionado, ponderando os interesses, a fim de se verificar qual prevalecerá, sendo que, em alguns casos, há um interesse maior a ser defendido do que a intimidade¹. Dependendo da razoabilidade do

1 Um caso polêmico, em que o Supremo Tribunal Federal ponderou entre o interesse público e a intimidade para solucionar o caso concreto, foi o da cantora mexicana extraditanda Gloria Trevi, segundo o qual Gloria Trevi alegava ter sido estuprada por agentes federais, nas dependências da Polícia Federal, o que resultou numa gravidez. A Corte Suprema decidiu pela realização de exame de DNA, através da placenta daquela, a fim de averiguar a paternidade do nascituro, fundamentando que o interesse público se sobrepõe aos interesses individuais da extraditanda nesse caso. Nesses termos: EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. *Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da*

caso concreto, o magistrado poderá admitir uma prova ilícita, com o escopo de evitar *“um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de que qual deva ser sacrificado.”* (CAPEZ, 2006, p. 35-36).

É neste contexto que, no processo penal, tem sido temperada a vedação constitucional da inadmissibilidade de prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade (ou da proibição de excesso), admitindo em situações excepcionais e em casos extremamente graves a prova ilícita.

3 AS POSSIBILIDADES DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS PRO REO E PRO SOCIETATE

Há entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência em se admitir a prova ilícita penal favorável ao acusado (*pro reo*), em homenagem ao direito de defesa e ao princípio do favor rei. Entende-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude², em prol do princípio da inocência, vendo-se o réu sujeitado a utilizar prova ilícita em defesa de seu direito fundamental da liberdade. Isto porque o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como escudo destinado a perpetuar condenações injustas, bem como o fato de que o erro judiciário sempre deverá ser evitado.

Em um Estado Democrático de Direito, não há como aceitar a condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. A prova da inocência do réu deve ser sempre aproveitada, em todas as circunstâncias. (OLIVEIRA, 2002, p. 294).

Consoante doutrina de Fernando Capez,

entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém,

reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do “prontuário médico” da reclamante. (BRASIL. 2002, p. 129).

- 2 Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: EMENTA: “Habeas corpus”. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). “Habeas corpus” indeferido. (BRASIL, 1997, p. 232).

sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana”. (2006, p. 37).

Lado outro, há calorosa discussão calorosa sobre a viabilidade de utilizar prova ilícita penal *pro societate*, uma vez que, hordienamente, o Estado encontra-se despreparado e desarticulado para enfrentar as formas mais simples e banais de crimes, sem falar na criminalidade violenta, equipada e organizada, que desconhece qualquer limite e coloca em risco a própria sociedade, bem como a possibilidade de ser um meio de diminuir o estado de insegurança que vive a sociedade brasileira.

José Carlos Barbosa Moreira já alertava para o crescimento desta criminalidade organizada, mais armada que a polícia, que dificulta a produção de provas, assim:

Todavia se a defesa – à diferença da acusação – fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentem as sociedades contemporâneas. *É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o “poderoso chefe” local.* (MOREIRA, 1997, p. 128, (grifo nosso).

Guilherme de Souza Nucci analisando sobre a admissibilidade de provas ilícitas, não admite uma liberdade maior para a atuação policial, desgarrada das proteções constitucionais, em nome da segurança pública, haja vista ainda não existir um Estado-investigação devidamente preparado e equilibrado. Acrescenta que

basta que o direito processual penal crie mecanismos mais flexíveis de investigação policial, sempre sob a tutela de um magistrado, controlando a legalidade do que vem sendo produzido, para que o Estado se torne mais atuante e protetor, sem abrir mão dos direitos e garantias fundamentais. (NUCCI, 2005, p. 84).

Um fundamento à não aceitação da prova ilícita em favor da sociedade, segundo a doutrina dominante, é a idéia de que a vedação de provas produzidas ilicitamente é uma garantia individual contra o Estado, que não poderia fazer uso desse tipo de prova contra aquele.

Alguns doutrinadores, contudo, defendem a utilização das provas obtidas ilicitamente em favor da sociedade, em casos extremos e excepcionais, outrossim, em face do princípio da proporcionalidade.

Francisco Dirceu Barros ensina que

[...] a prova ilícita, em situações excepcionais, pode ser utilizada pro societa, ou seja, em favor da sociedade. O fundamento é o princípio da proporcionalidade, que, como vimos, decorre da teoria do sacrifício, que determina a realização de um juízo de ponderação pelo magistrado, diante do caso concreto, sobre o qual a garantia fundamental deve prevalecer quando duas estão em conflito. Por exemplo: 'liberdade de réu versus a perpetuação de uma injustiça'. (2005, p. 84),

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2002), o aproveitamento de provas ilícitas em favor da acusação poderá ser validamente utilizado quando não acarretar incremento ou estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova.

Acrescente-se, ainda, que Fernando Capez (2006), analisando o HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16649, afirma que a prova se imprescindível ao processo, deve ser aceita, a despeito de ser ilícita, em face do princípio da proporcionalidade *pro reo* e *pro societate*. Contudo, ressalta que apenas a prática de tortura jamais pode ser admitida, independente de seu fim, uma vez que afronta normas de direito natural, anteriores e superiores às normas constitucionais.

Há de conferir razão ao entendimento de Roberto Prado de Vasconcelos a este assunto polêmico. Segundo ele,

É um vício constante da doutrina que afirmar as provas ilícitas incriminatórias não podem jamais ser usadas contra o réu. O problema de se tratar assuntos tão importantes apenas no âmbito da abstração, sem testar suas construções doutrinárias com exemplos hipotéticos, leva a injustiças freqüentes, bem como ao esquecimento de problemas crônicos que necessitam de soluções urgentes.

Exemplifique-se com o caso de combate ao tráfico, não se pode negar que é notória a freqüência com que os meios convenientes fracassam na resolução destes problemas. (2001, p. 465).

Ressalta-se um julgamento em que o Superior Tribunal de Justiça, surpreendentemente, admitiu a incidência da prova ilícita *pro societate*, nestes termos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL e PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS'. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DE HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE 'SÃO INADIMISSÍVEIS ... AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO', NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HÁ SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA 'ATUAÇÃO CONSTITUCIONAL' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUÍLA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA 'PROPORCIONALIDADE' (REASONABLENESS). O 'PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS' (EXCLUSIONARY RULE) TAMBÉM LÁ PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA' (BRASIL, 1995, p. 1)

Paulo Ivan da Silva (2001), em estudo sobre o tema, expõe que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela aceitação da prova *pro societate* e, fundamenta seu entendimento no referido julgamento do Habeas Corpus 3.982-RJ, que admitiu como válida, para embasar a acusação, prova obtida ilicitamente, sendo que essa mesma decisão foi reafirmada no Habeas Corpus 4.138-RJ (Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de julho de 1996 – nº 13/96, p. 217) e no Habeas Corpus 6.129 – RJ (RSTJ 90/364).

No entender de Jose Carlos Barbosa Moreira, no Habeas Corpus 4.138-RJ supracitado, houve uma relevância de argumentos contidos na fundamentação do acórdão.

Com razão sublima o Ministro Relator quão descabido é arvorar em valor supremo, sejam quais foram as circunstâncias, a privacidade deste ou daquele indivíduo: “pode haver” adverte, “do outro lado da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido. (MOREIRA, 1997, p. 129).

A análise da admissibilidade das provas ilícitas *pro reo* ou *pro societate* deve ser realizada pelo magistrado, em cada caso concreto, considerando suas particularidades e especificidades. É o entender de Roberto Prado de Vasconcelos:

O Juiz ao ter que enfrentar um caso em que esteja sendo discutida a admissibilidade de uma prova ilicitamente obtida, deve atentar para uma boa administração das liberdades em conflito de forma a tornar possível a incidência do “justo” na decisão final ser proferida.

[...]

Os juízes devem construir as soluções dos casos concretos atentando mais para o significado das normas no sistema do que para seu sentido isolado. Para tanto, será necessário verificar qual o bem jurídico violado e atender para as peculiaridades do caso em apreciação (2001, p. 461).

Enfim, a regra deve ser a inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos que só excepcionalmente, e sob a condição de que não seja possível provar por outro meio, deverão ser admitidas em juízo *pro reo* e *pro societate*, sendo que o magistrado, através do princípio da proporcionalidade, em análise do caso concreto, buscará um ponto de equilíbrio entre os interesses conflitantes.

4 CONCLUSÃO

A Constituição Federal da República de 1988, no seu art. 5º, inciso LVI, proibiu, de maneira absoluta e genérica, a utilização no processo das provas obtidas ilicitamente.

Tem sido temperada a vedação de inadmissibilidade de prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade (ou da proibição de excesso), admitindo em situações excepcionais e em casos extremamente graves a prova ilícita.

Há entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência em se admitir a prova ilícita penal quando *pro reo*, em homenagem ao direito de defesa ao princípio do favor rei.

Lado outro, alguns doutrinadores defendem, em face da realidade dos dias atuais e em situações excepcionais, a utilização da prova ilícita em favor da sociedade, outrossim, pelo princípio da proporcionalidade.

A regra deve ser a inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos que só excepcionalmente, e sob a condição de que não seja possível provar por outro meio, deverão ser admitidas em juízo *pro reo* e *pro societate*, em face do princípio da proibição do excesso.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. I, n° 215, p. 151-179, jan/março 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito processual: teoria, jurisprudência e questões de concursos com gabarito comentado*. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, outubro 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 33 jul. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal*: atualizada até a Emenda Constitucional n. 52, de 8 de março de 2006. 7. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. Habeas Corpus n° 36.982-RJ. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Brasília, 05 de dezembro de 1995. Diário da Justiça da União, 26 fev. 1996. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 01 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, Primeira Turma. Habeas Corpus n° 74678. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 10 de junho de 1997. Diário da Justiça da União, 15 ago. 1997. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n° 2040. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 21 de fevereiro de 2002. Diário da Justiça da União, 27 jun. 2003. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 01 jun. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo : Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n° 337, p. 125-134, jan.fev.,março, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, outubro 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2110>>. Acesso em: 01 de junho de 2008.

VASCONCELOS, Roberto Prado de. Provas ilícitas (Enfoque Constitucional). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 791. p. 456-486, setembro de 2001.

Disponível em: <http://www.direito2.com.br/stf/2002/fev/18/gloria_trevi_recorre_ao_stf_para_impedir_coleta_de_placenta. Acesso em: 10 jun. 2008>.

Disponível em: <http://www.direito2.com.br/stf/2002/fev/21/interesse_publico_prevalece_em_julgamento_de_gloria_trevi. Acesso em: 10 jun. 2008>.

CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PRATICADOS PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO: UM ESTUDO A PARTIR DA NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Iara Braga Tolentino

Advogada da União

*Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Gama
Filho; Pós-graduada em Direito Público pelo IEC-PUC-MINAS*

Sumário: Introdução; 1 O poder de polícia no âmbito trabalhista; 2 O controle jurisdicional dos atos praticados pela inspeção do trabalho; 2.1 A ampliação da competência da Justiça do Trabalho no contexto da reforma do Judiciário; 2.2 A competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações previstas no inciso VII do artigo 114 da Constituição Federal; 2.3 Análise das questões práticas específicas decorrentes da nova competência da Justiça do Trabalho estabelecida no inciso VII do artigo 114 da Constituição Federal; 2.3.1 Rito procedimental; 2.3.2 Audiência; 2.3.3 Mandado de segurança; 2.3.4 Tutela antecipada; 2.3.5 Honorários advocatícios; 2.3.6 Depósito recursal; 2.3.7 Prevenção do juízo – Conexão; 2.3.8 Dosimetria da penalidade; 3 Limites ao controle dos atos da inspeção do trabalho pelo Poder Judiciário: o princípio da separação dos poderes; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo desenvolver um estudo crítico-constitucional a partir da nova regra de competência prevista no inciso VII do art. 114 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, tendo em vista as peculiaridades e os problemas advindos da competência do Judiciário Trabalhista para controlar atos administrativos praticados pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Princípio da Separação dos Poderes. Nova competência da Justiça do Trabalho. Controle jurisdicional. Atos praticados pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

ABSTRACT: This paper aims to develop a critical-constitutional account about the new rule of competence raised by the subsection IV of the article 114 of the Federal Constitution, added by the Constitutional Amendment nr. 45, dated of December 8th, 2004, taken into account the peculiarities and the problems linked to the competence of the Labor Law to control administrative acts of the Ministry of Labor and Employment.

KEYWORDS: Democratic Rule-of-Law State. Principle of the Separation of Powers. New competence of the Labor Law. Jurisdictional control. Acts of the Ministry of Labor and Employment.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, ao alterar a redação do artigo 114 da Constituição da República e acrescentar-lhe inúmeros incisos, ampliou significativamente a competência material da Justiça do Trabalho. Pode-se afirmar que uma das mais importantes modificações efetivadas pela denominada “Reforma do Judiciário” consiste na atribuição conferida a essa Justiça Especializada para processar e julgar as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.

A alteração dessa competência inicialmente atribuída à Justiça Comum Federal traz, à tona, inúmeros debates em torno dos motivos que levaram o legislador constituinte derivado a fazer tal escolha e de diversas implicações práticas decorrentes, tais como: as vantagens porventura auferidas para a Administração Pública e para os próprios trabalhadores; o verdadeiro alcance dessa nova regra de competência; a necessidade de adequações procedimentais para o processamento das novas ações anulatórias ou declaratórias de autos de infração lavrados pelas Delegacias Regionais do Trabalho; o processamento de mandados de segurança; os limites da atividade fiscalizatória do Ministério do Trabalho e Emprego com fulcro em seu poder de polícia e de eventuais limites impostos ao próprio Judiciário no controle jurisdicional de tais atos administrativos, como a possibilidade de o Juiz do Trabalho fazer a dosimetria da penalidade administrativa que entender excessiva; entre outras questões que serão abordadas no presente artigo sob a ótica de alguns princípios prevalentes no Estado Democrático de Direito, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da separação dos Poderes e o princípio do devido processo legal.

1 O PODER DE POLÍCIA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Preceitua o artigo 21, inciso XXIV, da Constituição Federal, que compete à União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho.

Por seu turno, estabelece o artigo 626 da CLT, que incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho, ou àquelas que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

Assim, dúvida não há de que, no âmbito administrativo, compete aos auditores fiscais do trabalho o exercício de tal mister.

Nesse sentido, a Lei nº 10.593, de 06/12/2002, estabelece, em seu artigo 11, que os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

I - o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego;

II - a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando à redução dos índices de informalidade;

III - a verificação do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, objetivando maximizar os índices de arrecadação;

IV - o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores;

V - o respeito aos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário;

VI - a lavratura de auto de apreensão e guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades, bem como o exame da contabilidade das empresas, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial.

Registre-se ainda que o Decreto nº 4.552, de 27/12/2005, aprova o Regulamento da Inspeção do Trabalho, que, por sua vez, é a manifestação do poder de polícia no âmbito das relações do trabalho, o qual é exercido pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1995, p. 94), *poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público*.

Aliás, uma vez constatada a infração, a lavratura do Auto constitui procedimento obrigatório, tendo em vista o disposto no artigo 628 da CLT, *in verbis*:

Art. 628 - Salvo o disposto no art. 627, a toda verificação em que o agente da inspeção concluir pela existência de violação de

preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura do auto de infração.

Por outro lado, os atos administrativos trazem em si certos atributos que os distinguem dos demais atos jurídicos privados e lhes emprestam características próprias e condições peculiares de atuação. Dentre eles, ressalte-se a presunção de legitimidade. Vejamos as lições de Hely Lopes Meireles (2000, p. 148) a seu respeito:

PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE

Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que o estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que nos Estados de Direito informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução.

A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüídos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. [...].

Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de argüição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.

Por fim, registre-se que a fiscalização perpetrada pelas Delegacias Regionais do Trabalho visa efetivar os direitos fundamentais trabalhistas insculpidos no rol do artigo 7º da Constituição da República, no âmbito administrativo, a fim de concretizar o verdadeiro Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, a teor do art. 1º, incisos III e IV, e artigo 170, ambos da Constituição Federal.

2 O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PRATICADOS PELA INSPEÇÃO DO TRABALHO

O renomado mestre Maurício Godinho Delgado (2005, pp. 40-41) preleciona que:

A Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, avançou no caminho progressista aberto pelo texto original de 1988, estendendo, sem dúvida, a competência da Justiça do Trabalho para lides conexas à relação de emprego, ou seja, que não tenham rigorosamente empregador e trabalhador como sujeitos recíprocos de pretensões e obrigações.

E mais à frente aduz que:

[...] Também é o que ocorre quanto às ‘ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho’ (art. 114, VII).

Finalmente, conclui que:

[...] Por meio do alargamento da competência da Justiça do Trabalho a Carta Magna passa a reconhecer, indubitavelmente, a existência de um sistema institucional justrabalista, como instrumento voltado à busca da efetividade do Direito do Trabalho.

2.1 A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO CONTEXTO DA REFORMA DO JUDICIÁRIO

A efetividade e a democratização da tutela jurisdicional são as principais diretrizes da Reforma do Poder Judiciário empreendida através da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004.

O novo inciso LXXVIII acrescentado ao artigo 5º da Constituição Federal pela citada Emenda Constitucional preceitua que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Para José Roberto Freire Pimenta (2005, pp. 261-262), tal alteração constitucional constitui:

[...] expressa reafirmação da importantíssima dimensão temporal do princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional,

trazendo em si mesma um grande potencial transformador, a ser explorado pelos operadores do Direito em geral (e pela magistratura trabalhista, em especial) com vistas ao melhor aparelhamento da Justiça do Trabalho para absorver o grande número de processos que a ampliação de competência da Justiça do Trabalho com toda a certeza acarretará.

A título de exemplificação, cite-se ainda o disposto nos incisos XII (a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente), XIII (o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população), XIV (os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório) e XV (a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição), todos do artigo 93 da Constituição Federal, incluídos pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, os quais possuem em comum a busca da real efetividade do processo através de sua celeridade, pois já dizia Rui Barbosa que Justiça tardia não é Justiça!

Nesse contexto, pode-se também afirmar que a celeridade já há muito faz parte da própria essência do processo do trabalho que, por sua vez, constitui-se em processo simplificado em cotejo com o clássico processo civil, contando inclusive com princípios peculiares.

Cumpramos mais uma vez trazer à tona as lições do i. Ministro do c. Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado, no artigo já citado:

[...] a competência judicial especializada é elemento decisivo à existência e articulação de todo um sistema institucional voltado a buscar eficácia social (efetividade) para o ramo jurídico trabalhista. Esta busca de efetividade justifica-se em face da constatação de constituir o Direito do Trabalho *a mais ampla, eficiente e democrática política social já construída nas sociedades capitalista em favor das mais largas camadas populacionais*. No Brasil, esse sistema institucional estaria integrado, à luz do exposto, pela Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho e Emprego (em especial, auditoria fiscal trabalhista), a par dos sindicatos e empresas, na sociedade civil.

No tocante à democratização da tutela jurisdicional, especialmente em face da ampliação do acesso à justiça e da transparência e controle

democrático da atividade jurisdicional, merecem destaques as inovações consubstanciadas nos novos parágrafos 1º (Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários) e 2º (Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo), ambos do artigo 115 da Constituição da República, bem como a instituição do Conselho Nacional de Justiça ao qual incumbe o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, conforme se depreende da redação do novo artigo 103-B, em especial seu parágrafo 4º.

Demonstradas as principais razões da Reforma do Judiciário, passa-se a analisar a especificidade da nova competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.

2.2 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O JULGAMENTO DAS AÇÕES PREVISTAS NO INCISO VII DO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Justiça do Trabalho, com muita coerência, passou a ser competente para o julgamento das ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos da fiscalização das relações de trabalho, a partir do advento da Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004.

Anteriormente à reforma instituída através da citada Emenda Constitucional, competia à Justiça Federal o julgamento de tais ações, o que, muitas vezes, implicava decisões contrárias à jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas e longos e intermináveis processos, dada à própria complexidade do sistema recursal no processo comum.

Assim, muito mais lógico e razoável que as ações que visam à declaração de nulidade de autos de infração e respectivas multas impostas pelos Auditores-Fiscais do Trabalho sejam julgadas pelos juízes do trabalho, em face da maior afinidade com a matéria em decorrência de sua própria especialização ou mesmo de sua maior sensibilidade social, haja vista os conflitos que rotineiramente lhe são submetidos e a intimidade com os princípios peculiares trabalhistas que incidem sobre a matéria e ainda a própria dinâmica processual trabalhista muito mais célere e simplificada.

Nesse sentido, posicionou-se José Affonso Dallegrave Neto (2005, p. 217):

Haverá salutar e necessária uniformização hermenêutica da norma trabalhista descumprida tanto para os efeitos da sentença condenatória em prol do trabalhador, quanto para os efeitos de incidência de multas administrativas.

Ao discorrer sobre a *mens legis* para o deslocamento da competência para a Justiça do Trabalho, Marcos Neves Fava (2005, p. 345) apresenta três razões:

[...] a ampliação da proteção valor-trabalho, a busca de celeridade ou efetividade nas decisões em alguns temas e a tentativa de evitarem-se decisões conflitantes, a partir do mesmo fato.

De fato, a alteração da competência para a Justiça do Trabalho proceder ao julgamento de lides que impugnam autos de infração lavrados pelas Delegacias Regionais do Trabalho confere proteção mais ampla ao valor-trabalho. É que os magistrados trabalhistas estão mais familiarizados com a realidade vivenciada entre trabalhadores e empregadores, bem como com a aplicação de princípios específicos como a primazia da realidade sobre a forma e regras peculiares como o disposto no artigo 9º do diploma consolidado que determina a nulidade absoluta de atos praticados com o objetivo de fraudar a aplicação de preceitos trabalhistas, além de normas que visam à proteção da saúde e segurança do trabalhador.

Além disso, é sabido que a maioria dos trabalhadores no Brasil depende unicamente de sua força de trabalho para sobreviver e, considerando-se ainda o elevado índice de desemprego no país, esses trabalhadores não ousam buscar seus direitos ou sequer denunciar as condições inadequadas da prestação de serviços, ainda que em evidente prejuízo inclusive de sua saúde e segurança, no curso da relação de emprego.

Dessa forma, a apreciação das causas dessa natureza pela Justiça do Trabalho proporciona, sem sombra de dúvida, melhores resultados para a sociedade em geral. Para a União, acredita-se que, atuando seus auditores-fiscais estritamente no cumprimento de seus deveres legais e aplicando corretamente as multas aos infratores da legislação trabalhista, outro caminho não restará aos juízes do trabalho senão a manutenção dos respectivos autos de infração, considerando-se o conhecimento específico da legislação, além da sensibilidade e experiência com as

matérias-objetos dos mesmos. De outro giro, os trabalhadores irão receber seus direitos sem necessidade de recorrer à Justiça e ainda prestarão seus serviços em condições dignas de saúde e segurança sem abusos empresariais, o que implica a realização do sonhado Estado Democrático de Direito. Isso tudo sem falar na celeridade do processo do trabalho que confere maior efetividade e democratização à tutela jurisdicional concedida.

Cumpre registrar que o disposto no inciso VII do artigo 114 da Constituição Federal abrange não apenas as multas administrativas, como também a interdição ou embargo de obras (artigo 161 da CLT), uma vez que estes também consistem em penalidades administrativas.

Por outro lado, é bom ressaltar que a discussão acerca da legalidade da Notificação Fiscal para Recolhimento da Contribuição para o FGTS e Contribuição Social - NFGC, embora se refira à cobrança de FGTS em razão de ausência de recolhimento, fundado no art. 15 da Lei nº 8.036/90, também se incumbirá à Justiça do Trabalho decidir.

Deve-se afastar qualquer dúvida para o julgamento dessas ações pela Justiça do Trabalho, seja em face de uma interpretação lógica e sistemática do inciso VII do artigo 114 da Carta Magna ou ainda de uma interpretação combinada dos incisos I e VII do citado dispositivo constitucional.

Como bem salientou Reginaldo Melhado (2005, p. 339):

[...] se não se reconhecesse essa competência para a ação que visa à cobrança ou execução do próprio depósito do Fundo de Garantia, haveria uma insólita e absurda situação: as multas seriam discutidas no Judiciário do Trabalho e o principal na Justiça Federal.

Isso, sem dúvida alguma, poderia gerar decisões contraditórias quanto à natureza (salarial ou indenizatória) da parcela, o que seria inadmissível dentro do espírito da Reforma do Judiciário promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Finalmente, impõe-se ressaltar que a competência delineada no inciso VII do artigo 114 da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, ainda não confere à Justiça do Trabalho a atribuição para executar *ex officio* as multas por infrações à legislação do trabalho reconhecidas nas sentenças proferidas. Reconheça-se, todavia, que seria mais um avanço em prol de toda a sociedade, dadas as razões acima já delineadas.

2.3 ANÁLISE DE QUESTÕES PRÁTICAS ESPECÍFICAS DECORRENTES DA NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO ESTABELECIDADA NO INCISO VII DO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As ações declaratórias de nulidade de auto de infração ou anulatórias de débito fiscal são as mais comuns relativas às penalidades administrativas impostas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, através de suas Delegacias Regionais do Trabalho. Contudo, pode haver também o ajuizamento de ações cautelares, mandados de segurança, execuções fiscais, entre outras.

Uma vez que os atos administrativos questionados judicialmente serão oriundos, regra geral, das Delegacias Regionais do Trabalho, incumbirá à União a sua representação judicial, pois os órgãos da Administração Federal são desprovidos de personalidade jurídica própria. Assim, cumpre ressaltar que, quando houver o questionamento em juízo de multa administrativa já inscrita em Dívida Ativa, a representação da União se dará através da Procuradoria da Fazenda Nacional, e, quando ainda não houver sido inscrita, caberá à Procuradoria da União tal incumbência, conforme se depreende do disposto nos artigos 12, 35 e 36 da Lei Complementar nº 73/93.

2.3.1 RITO PROCEDIMENTAL

Em primeiro lugar, cumpre afastar de plano a possibilidade de adoção do rito sumaríssimo previsto nos artigos 852-A e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1.943), uma vez que o próprio parágrafo único do artigo 852-A da CLT exclui expressamente do procedimento sumaríssimo as demandas em que é parte a Administração Pública.

Registre-se que, após a publicação da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, surgiram inúmeros debates doutrinários acerca da adoção do Código de Processo Civil ou da Consolidação das Leis do Trabalho para o processamento das ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.

Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa nº 27, em 22/02/2005, dispondo sobre normas procedimentais aplicáveis ao processo do trabalho em decorrência da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 45/2004, minimizando, ao menos na prática, a divergência inicialmente instaurada.

Dessa forma, consoante o disposto no artigo 1º da citada Instrução Normativa n. 27 do c. TST, o rito ordinário deverá ser adotado para as ações relativas às penalidades administrativas *sub examine*, salvo aquelas sujeitas a rito especial como o mandado de segurança, a ação cautelar ou a ação rescisória.

De fato, considerando-se o espírito da Reforma do Judiciário voltado para a efetividade da tutela jurisdicional, a pura e simples adoção do Código de Processo Civil não se coaduna com a intenção de nosso legislador derivado. É que os prazos previstos no CPC são mais extensos e ainda há recursos que lhe são peculiares, como o agravo de instrumento para impugnar decisões interlocutórias, o qual não é admitido no processo trabalhista com essa função. Aliás, este último possui suas regras ditadas pela Consolidação das Leis do Trabalho, sendo muito mais célere e simplificado, conforme já ressaltado. Portanto, sua adoção é mais adequada ao espírito da alteração perpetrada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, no tocante à competência para o julgamento das ações relativas às penalidades administrativas.

Não se pode, todavia, olvidar-se da aplicação do Decreto-Lei 779/69 que estabelece normas processuais trabalhistas relativas à União Federal, como prazo em quádruplo para apresentação de defesa, prazo em dobro para recurso, isenção de custas e depósito recursal, entre outras prerrogativas, por figurar como parte nas lides objetos do presente estudo.

De outro giro, não se podem desconsiderar outras peculiaridades ínsitas ao ente público enquanto parte, podendo o legislador regular, de forma diversa, algumas questões que a prática trabalhista venha demonstrar e sugerir seu aprimoramento para o melhor funcionamento da própria Justiça Especializada.

2.3.2 AUDIÊNCIA

A realização de audiência nas ações que visam à declaração de nulidade de autos de infração lavrados por auditores fiscais do trabalho é um ponto que merece reflexão.

Cumprе ressaltar que os autos de infração são lavrados por agentes do Poder Público em face de violação pelos empregadores a dispositivos legais de ordem pública.

Assim, muitas dessas ações referem-se apenas à matéria de direito. Citem-se a título de exemplo as ações em que as empresas questionam autos de infração lavrados por ausência de pagamento de inúmeras verbas salariais ou rescisórias, ou ainda por terem sido efetuados fora do prazo legal.

Em outras, ainda que à primeira vista pudesse cogitar-se da necessidade de prova testemunhal, verifica-se que a análise detida dos documentos carreados aos autos como contratos, recibos, processos administrativos, entre outros, é suficiente para averiguar a legalidade ou ilicitude, por exemplo, da terceirização perpetrada, não se podendo esquecer da presunção de veracidade dos atos administrativos e ainda os elementos de convicção que levaram o auditor-fiscal a lavrar o respectivo auto, tais como verificação física e entrevistas.

Assim, ao menos em princípio, necessária seria a inversão da sistemática trabalhista de marcação de audiência antes mesmo do conhecimento da ação pelo magistrado nos casos estabelecidos no inciso VII do artigo 114 da Constituição da República. Aliás, alguns juízes inclusive vêm revogando a designação da audiência inicial com determinação de regular citação da União para apresentação de defesa em casos similares, especialmente na apreciação de liminares ou pedidos de tutela antecipada.

Por outro lado, cumpre ainda ressaltar a impossibilidade de celebração de acordo com a União, salvo nos termos das determinações contidas na Lei nº 9.469/1997, que são de observância obrigatória, sob pena de nulidade.

É claro que a conciliação é uma das características ínsitas à própria Justiça Especializada, uma vez que pode vir a ser decretada até mesmo a nulidade dos atos processuais, se não constar a proposta conciliatória formulada pelo magistrado em dois momentos distintos da audiência, nos termos dos artigos 846 e 850 da CLT. Assim, a ausência da expressão “conciliar” na redação atual do *caput* do artigo 114 não significa que a Justiça do Trabalho não necessite mais de propor a conciliação, pois é necessário utilizar-se da interpretação sistemática, bem como do princípio da unidade da Constituição, para afastar tal aberração, por razões óbvias.

Todavia, com relação às ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos da fiscalização das relações de trabalho em que a União figurará como parte, fica claro que não há sequer necessidade de proposta conciliatória, uma vez que inviável ao ente público, através de seus Procuradores ou prepostos, a realização de acordos, que não têm autorização legal para transigir em juízo, pelo que se afigura infrutífera a presença do representante da União na audiência designada. Ademais, a prevalência do interesse público, a indisponibilidade de seus bens e o disposto no artigo 100 da Constituição da República também deixam clara tal impossibilidade.

Dessa forma, pode-se perfeitamente argumentar que se justifica a nova redação do *caput* do artigo 114, com a supressão da expressão

“conciliar”, pois em casos específicos, como no julgamento das ações previstas no inciso VII, desnecessária a obrigatoriedade de propostas conciliatórias e conseqüentemente pode-se evoluir o pensamento doutrinário, jurisprudencial e legislativo para a abolição da realização de audiências desnecessárias.

Assim, a adoção de rito ordinário comum, preferencialmente com prazos compatíveis para a elaboração de defesa por parte da União a serem fixados em legislação ordinária, considerando-se a complexidade da Administração Pública, seria solução adequada a justificar até mesmo a celeridade e simplicidade do processo trabalhista, pois, suprimindo a realização de audiências desnecessárias, os juízos trabalhistas teriam maior disponibilidade nas respectivas pautas de audiências para contemplar as importantes e necessárias audiências provenientes de verdadeiras Reclamações Trabalhistas formuladas pelos trabalhadores em regra hipossuficientes em face de seus empregadores ou tomadores de serviços.

Aliás, assevera Edilton Meireles (2005, p. 79):

[...] Descabido, assim, *data maxima venia*, querer impor às partes, nestas ações, o rito próprio da ação trabalhista, só porque proposta perante a Justiça do Trabalho, quando sequer, nas referidas causas, se está diante de algum hipossuficiente.

Nesse sentido, também preleciona Luciano Athayde Chaves (2005, p. 321):

É de se admitir, no entanto, que a jurisprudência construa, de forma prudente, algumas adaptações ao rito procedimental da CLT nos casos em que não se justifique, por exemplo, a realização de audiências destinadas unicamente ao recebimento de defesa, especialmente naqueles casos que envolvam direito indisponível, figurando no pólo passivo o Poder Público, como sucede nas ações visando desconstituir imposição de multa pelo Órgão Federal de Fiscalização do Trabalho.

Nessa, e em outras hipóteses do gênero, creio que devemos nos permitir algumas soluções procedimentais mais adequadas ao tipo de demanda, mas sem a necessidade de excluir, por inteiro, o rito processual da CLT.

Seria justa e razoável a adoção do mesmo prazo de trinta dias conferido à Fazenda Pública para a propositura de Embargos à Execução, prevista no art. 730 do CPC e artigo 884 da CLT com

a alteração promovida na Lei nº 9.494/97 através do artigo 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001 como parâmetro para a concessão de prazo para apresentação de defesa pela União.

2.3.3 MANDADO DE SEGURANÇA

Anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, apenas aos Tribunais Regionais do Trabalho competia o processamento e julgamento de mandados de segurança, a teor do artigo 678, I, b, 3, da CLT.

A novidade trazida pela citada Emenda Constitucional consiste no inciso IV do artigo 114 da Carta Magna que, combinado com seu inciso VII, deixa claro que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar os mandados de segurança quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição.

Dessa forma, os mandados de segurança impetrados em face de Delegados Regionais do Trabalho passam a ser processados perante as Varas do Trabalho, ou seja, na primeira instância trabalhista. Essa é a grande novidade!

Por tratar-se de ação constitucional prevista no artigo 5º, LXIX, da Constituição da República, o *mandamus* obedece a rito especial previsto na Lei n. 1.533/51, conforme, inclusive, ressalva feita no artigo 1º da Instrução Normativa n. 27/2005 do c. TST.

Assim, necessária a ocorrência de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*; a impetração no prazo decadencial de 120 dias do ato impugnado; a pré-constituição da prova uma vez que é exclusivamente de caráter documental, motivo pelo qual não haverá audiência; prestação de informações pela autoridade coatora no prazo de dez dias; a intimação do Ministério Público na forma do artigo 10 da Lei nº 1.533, de 31/12/1951, bem como da União na forma como determina a norma do art. 19 da Lei nº 10.910, de 15.07.2004 que conferiu nova redação ao artigo 3º da Lei nº 4.348, de 26/06/1964.

É cabível recurso ordinário das decisões proferidas em sede de mandado de segurança, sendo exigível o pagamento de custas processuais, na conformidade da OJ-SDI2-148/TST.

Em sede de mandado de segurança, incabível a condenação em honorários advocatícios, a teor da Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, cumpre registrar o teor da Orientação Jurisprudencial n. 144 da SDI2/TST:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROIBIÇÃO DE PRÁTICA DE ATOS FUTUROS. SENTENÇA GENÉRICA. EVENTO

FUTURO. INCABÍVEL. DJ 22.06.04 (nova redação DJ 22.08.2005)

O mandado de segurança não se presta à obtenção de uma sentença genérica, aplicável a eventos futuros, cuja ocorrência é incerta.

Assim sendo, não merece sequer ser conhecido o mandado de segurança impetrado com finalidade de não ser fiscalizado ou multado, mesmo porque o pedido de abstenção da lavratura de novos autos ultrapassa o limite do razoável, já que é dever da Fiscalização Trabalhista lavrar o competente auto de infração quando verificado o descumprimento da legislação trabalhista, não se podendo, pois, jamais cogitar de direito líquido e certo de não ser fiscalizado.

2.3.4 TUTELA ANTECIPADA

Cumprе registrar o disposto no art. 1º da Lei nº 9.494/97, cuja constitucionalidade já foi declarada pelo e. Supremo Tribunal Federal (ADC Nº 4) como fundamento para afastar a possibilidade do deferimento de tutela antecipada nas ações *sub examine*. Além disso, a suspensão da exigibilidade do crédito e proibição de inscrição do nome da empresa devedora de multa decorrente da lavratura de auto de infração pelo Ministério do Trabalho e Emprego no CADIN também violaria o disposto na Lei nº 10.522/2000, o que sem dúvida merece uma reflexão.

2.3.5 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A redação do artigo 5º da Instrução Normativa n. 27/TST não deixa dúvidas acerca do cabimento de honorários advocatícios nas ações relativas às penalidades administrativas impostas pelos órgãos de fiscalização do trabalho.

Necessário compreender que a regra preceituada no artigo 791 da CLT relativa ao *jus postulandi* diz respeito tão somente à típica Reclamatória Trabalhista, ou seja, à ação judicial em que figurem empregado e empregador como partes. Assim, apenas estes - e como litigantes entre si - é conferida a capacidade postulatória na Justiça do Trabalho.

Desse modo, não sendo essa a hipótese das ações anulatórias de autos de infração em que figura a União, de um lado, e uma empresa (empregadora), de outro, cogentes se revelam as regras insculpidas no artigo 133 da Carta Magna, bem como no artigo 1º da Lei nº 8.906/94, sendo, pois, obrigatória a contratação de advogado e conseqüentemente o pagamento de honorários de sucumbência.

De fato, como ressalta Estevão Mallet (2005, p. 88):

[...] a ausência de honorários de sucumbência, fazendo com que o devedor pague ao credor, ao final do processo, pouco mais ou menos o mesmo que pagaria em caso de adimplemento voluntário da prestação, constitui poderoso fator de desestímulo ao seu cumprimento pontual.

Registre-se ainda que, no tocante à União, a verba honorária deve ser estipulada na conformidade do disposto nos parágrafos 3º e 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil. Assim sendo, não está o Juiz do Trabalho adstrito ao valor da causa, podendo fixar os honorários advocatícios em favor da União com fulcro no próprio valor da multa questionada ou ainda arbitrá-lo em valor que entender justo e compatível, mesmo porque, se entender necessário, poderá até mesmo *ex officio* alterar o valor dado à causa.

2.3.6 DEPÓSITO RECURSAL

Dispõe o parágrafo único do artigo 2º da Instrução Normativa N. 27/2005/TST que o depósito recursal a que se refere o art. 899 da CLT é sempre exigível como requisito extrínseco do recurso, quando houver condenação em pecúnia.

Dessa forma, cumpre registrar a necessidade do depósito recursal até mesmo nas hipóteses de ações declaratórias de nulidade de autos de infração em face da condenação em honorários advocatícios que consistem em nítida condenação em pecúnia, sob pena de não conhecimento do recurso interposto em face da ocorrência de deserção.

2.3.7 PREVENÇÃO DO JUÍZO – CONEXÃO

Cumpre demonstrar um cuidado importante que deverão ter os operadores do direito no tocante às ações decorrentes do procedimento fiscal da Delegacia Regional do Trabalho que colima direta e efetivamente na regularização dos depósitos do FGTS, materializando-se através de uma Notificação Fiscal para Recolhimento da Contribuição para o FGTS e Contribuição Social – NFGC ou Notificação Fiscal para Recolhimento Rescisório do Fundo de Garantia e da Contribuição Social –NRFC) – que, regra geral, é concomitantemente lavrada com auto de infração capitulado no artigo 23, § 1º, inciso IV, da Lei nº 8.036/90, e consubstancia no lançamento fiscal decorrente da ausência do recolhimento servindo de base da cobrança das parcelas devidas ao FGTS.

Primeiramente, deve-se afastar qualquer dúvida para o julgamento dessas ações pela Justiça do Trabalho, seja em face de uma interpretação lógica e sistemática do inciso VII do artigo 114 da Carta

Magna, seja em uma interpretação combinada dos incisos I e VII do citado dispositivo constitucional.

Como bem salientou Reginaldo Melhado, em artigo já citado (2005, p. 339):

[...] se não se reconhecesse essa competência para a ação que visa à cobrança ou execução do próprio depósito do Fundo de Garantia, haveria uma insólita e absurda situação: as multas seriam discutidas no Judiciário do Trabalho e o principal na Justiça Federal.

O que sem dúvida alguma poderia gerar decisões contraditórias quanto à natureza (salarial ou indenizatória) da parcela, o que é inadmissível dentro do espírito da Reforma do Judiciário promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, conforme já anteriormente salientado.

Por outro lado, necessário também que as discussões levadas a efeito em torno das chamadas NFGC ou NRFC fossem também julgadas pelo mesmo juízo trabalhista que conhecer da ação que busque a nulidade do auto de infração que deu origem às citadas notificações, sob pena também de haver na própria Justiça do Trabalho decisões conflitantes ou mesmo abuso de defesa por parte de algumas empresas que poderiam desmembrar essas ações com a finalidade de escolher o juízo com a desistência de uma delas, o que só poderia vir a ser aceito com a renúncia do direito sobre o qual se funda a ação e sempre nos termos do artigo 26 do CPC.

Assim, verifica-se um típico caso de distribuição da ação por dependência em face da ocorrência de conexão e prevenção do juízo.

3.3.8 DOSIMETRIA DA PENALIDADE

Outra questão polêmica diz respeito à possibilidade de o Juiz do Trabalho reduzir o valor da multa administrativa que entender excessiva.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que as multas impostas aos empregadores pelos órgãos da Fiscalização do Trabalho se encontram previstas na própria CLT e foram regulamentadas através da Portaria nº 290, do Ministério do Trabalho e Emprego, de 11 de abril de 1997, podendo ser de valores fixos ou variáveis.

Assim, a multa cabível é calculada e graduada conforme os critérios objetivos previstos na referida Portaria 290/1997, pois os valores das multas impostas pelo Ministério do Trabalho e Emprego obedecem ao princípio da legalidade estrita.

Dessa forma, para a fixação do valor da multa é feito um cálculo que leva em consideração a natureza da infração, a intenção do infrator, os meios ao seu alcance para cumprir a lei, a extensão da infração e a situação econômico-financeira do infrator.

Ademais, essas variáveis são calculadas segundo dados objetivos previstos no anexo III da Portaria em questão, que levam em consideração os critérios descritos em seus itens I e III.

Conclui-se, pois, que a Portaria nº 290/97 já impõe a fixação da multa administrativa dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade esperadas em um Estado Democrático de Direito, não havendo, pois, razões para o Poder Judiciário interferir no valor assentado pelas Delegacias Regionais do Trabalho, obedecidos os parâmetros estabelecidos no citado ato normativo. Nesses casos, os magistrados devem, pois, ater-se tão somente aos aspectos da legalidade dos atos administrativos, sob pena de violação aos artigos 2º e 21, XXIV, da Carta Magna.

3 LIMITES AO CONTROLE DOS ATOS DA INSPEÇÃO DO TRABALHO PELO PODER JUDICIÁRIO: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como já ressaltado anteriormente, os juízes do trabalho devem limitar-se apenas ao controle da legalidade dos atos administrativos.

Cumpra trazer à tona a Ementa do v. Acórdão proferido nos autos do processo nº TRT/01302-2006-152-03-00-0-RO que ilustra a questão, *in verbis*:

EMENTA: AUTO DE INFRAÇÃO – VALIDADE – Ao fiscal do trabalho cabe, sempre que concluir pela violação de preceitos legais, lavrar o competente auto de infração, não havendo que se acolher, portanto, a alegação de ilegalidade, se tal ato possui todos os requisitos exigidos para sua constituição, quais sejam, agente competente, finalidade condizente com interesse público, forma legal, as circunstâncias do fato, o fundamento jurídico.

Assim, devem os magistrados ater-se apenas à análise da verificação de vícios formais ou materiais no julgamento administrativo e inexistência de violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIII, LIV e LV).

Dessa forma, incumbe ao Judiciário verificar, por exemplo, se teria sido violado eventual direito da empresa ao benefício da dupla visita. Todavia, tal benefício não é estendido a todos os empregadores

de forma indistinta, mas somente nos casos especificados no artigo 23 do Decreto nº 4.552, de 27/12/2002, que regulamenta o disposto no artigo 627 da CLT, ou seja, apenas se preenchidos os requisitos previstos em lei, será conferida ao empregador essa benesse.

Frise-se aqui que o processo administrativo de imposição de multas trabalhistas é regulado pela própria CLT (Título VII) e Portaria nº 148, de 25/01/1996, do Ministério do Trabalho e Emprego, com aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/99, na forma do disposto em seu artigo 69.

Registre-se também que vigora, no processo administrativo, o princípio da verdade real.

Nesse sentido, o art. 25 da citada Portaria 148/96, estabelece que:

O Delegado Regional do Trabalho determinará de ofício, ou a requerimento do interessado, a realização de diligências necessárias à apuração dos fatos, inclusive audiência de testemunhas, *indeferindo as que considerar procrastinatórias.* (grifo nosso)

Por outro lado, a normatização de regras através de Portarias do Ministério do Trabalho também atende ao conteúdo emanado do art. 200 da CLT, que atribui ao órgão do Poder Executivo o direito de estabelecer essas normas, bem como ao art. 7º, XXII, da Carta Magna, uma vez que este estabelece direito subjetivo à existência de normas que reduzam os riscos na proteção laborativa, não havendo violação ao princípio da legalidade, uma vez que tais Portarias são respaldadas na própria Constituição da República.

Cumpra ressaltar que o poder regulamentador do Executivo é, antes de tudo, norma de integração da norma legislativa, logicamente quando autorizada por esta, autorização que se encontra presente na lei de regência, como já explicitado.

Não é demais lembrar que se incumbe aos fiscais do trabalho dizer acerca da ocorrência de relação de emprego sem afrontar o princípio do devido processo legal ou princípio da separação dos poderes insculpido no art. 2º da Constituição Federal ou ainda violar o disposto no art. 5º, LIII c/c art. 114 da Carta Magna, em face da competência exclusiva da Justiça do Trabalho para declarar a existência de vínculo empregatício.

Explica-se: A lavratura de auto de infração em face de descumprimento do disposto no artigo 41, *caput*, da CLT, não importa por si só em declaração de vínculo de emprego dos trabalhadores nele mencionados, mas apenas na aplicação de multa à empresa por afronta à

legislação trabalhista vigente, cabendo a eventuais interessados ajuizar ação própria postulando o reconhecimento do vínculo empregatício, se for o caso.

É que os fiscais do trabalho possuem poderes para apurar a presença dos pressupostos fático-jurídicos da relação de emprego, por meio do exercício do poder de polícia, incumbindo a eles analisar a realidade fática para verificar o fiel cumprimento da legislação vigente.

Assim, ao lavrar o auto de infração, o Auditor-fiscal não está automaticamente atribuindo vínculo de emprego aos trabalhadores nele relacionados – o qual deverá ser reclamado perante a Justiça do Trabalho –, mas está somente reconhecendo a ilegalidade da contratação para fins da multa administrativa.

Aliás, estabelece o próprio artigo 2º da Carta Magna, que os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si. Assim, a Justiça do Trabalho e o Ministério do Trabalho e Emprego, através de seus Auditores-Fiscais, possuem a nobre função de zelar pelo respeito aos direitos dos trabalhadores para que seja efetiva e concreta a realização do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Nesse sentido, pontua o mestre Maurício Godinho Delgado, conforme citação já transcrita anteriormente que no Brasil esse sistema institucional estaria integrado por ambas as instituições: Justiça do Trabalho e Ministério do Trabalho e Emprego (em especial, Auditoria Fiscal Trabalhista), além do Ministério Público do Trabalho e sindicatos e empresas.

Por fim, depreende-se também das lições do renomado Ingo Wolfgang Sarlet a importância da fiscalização trabalhista exercida seja no âmbito do Poder Executivo, seja no âmbito do Poder Judiciário, para a efetividade dos direitos fundamentais ao discorrer sobre o efeito vinculante inerente ao art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição da República. Em sua obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, assevera o autor que, além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares, citando como exemplo os direitos sociais, especialmente os direitos dos trabalhadores que têm por destinatário os empregadores, em regra, particulares. Dá-se ênfase aos princípios da unidade da ordem jurídica e da dignidade da pessoa humana e enfatiza que os direitos fundamentais exprimem determinados valores que *o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais*.

4 CONCLUSÃO

A nova competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações relativas às penalidades administrativas estabelecida no inciso VII do artigo 114 da Constituição da República é um grande avanço para o Estado Democrático de Direito.

O conhecimento e experiências mais profundas das matérias-objetos dos autos de infração lavrados pelos Auditores-Fiscais do Trabalho pelos magistrados trabalhistas contribuirão para a maior celeridade e efetividade das decisões proferidas.

A razoabilidade e o bom-senso serão essenciais para o aprimoramento do julgamento dessas ações, com a adoção do rito celetista acompanhado das adequações que se fizeram necessárias para o melhor uso da máquina judiciária.

É importante frisar que, para os auditores fiscais do trabalho, o auto de infração é um ato administrativo vinculado quando constatado o descumprimento da legislação do trabalho, conforme se depreende do artigo 628 da CLT. Assim, os requisitos específicos dos atos administrativos, bem como a presunção de legitimidade e veracidade dos mesmos, além dos princípios peculiares à Administração Pública, não podem ser olvidados pelos juízes do trabalho no exercício do controle jurisdicional dos atos praticados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, tendo em vista o nobre objetivo comum que buscam ambas as instituições em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

CHAVES, Luciano Athayde. *Dos ritos procedimentais das novas ações na Justiça do Trabalho*. Justiça do Trabalho: Competência Ampliada. Coordenadores: Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava. Anamatra. LTr. Maio, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Primeiras Linhas sobre a Nova Competência da Justiça do Trabalho fixada pela Reforma do Judiciário (Ec n. 45/2004)*. Nova Competência da Justiça do Trabalho. Coordenadores: Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava. Anamatra. LTr. Janeiro, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. As duas faces da nova competência da Justiça do Trabalho. *Revista LTr Legislação do Trabalho*. São Paulo. Janeiro, 2005. ano 69.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FAVA, Marcos Neves. *As ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho – Primeira leitura do art. 114, VII, da Constituição da República*. Justiça do Trabalho: Competência Ampliada. Coordenadores: Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava. ANAMATRA. LTr. Maio, 2005.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Tereza Fonseca. *(RE)Pensando A Pesquisa Jurídica*. 2. ed. rev. amp. e atu. pela BBR 14724 e Atualizada pela ABNT 30/12/05. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

MALLET, Estevão. *Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45*. Justiça do Trabalho: Competência Ampliada. Coordenadores: Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava. Anamatra. LTr. Maio, 2005.

MEIRELES, Edilton. *A nova Justiça do Trabalho – Competência e Procedimento*. Nova Competência da Justiça do Trabalho. Coordenadores: Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava. Anamatra. LTr. Janeiro, 2005.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo. Malheiros, 2000.

MELHADO, Reginaldo. *Da dicotomia ao conceito aberto: As novas competências da Justiça do Trabalho. Nova Competência da Justiça do Trabalho*. Coordenadores: Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava. ANAMATRA. LTr. Janeiro, 2005.

PIMENTA, José Roberto Freire. *A nova competência da Justiça do Trabalho para lides não decorrentes da relação de emprego: Aspectos processuais e procedimentais*. Justiça do Trabalho: Competência Ampliada. Coordenadores: Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava. Anamatra. LTr. Maio, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004.

A REPERCUSSÃO GERAL COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIVRE ACESSO À JURISDIÇÃO – DEFINIÇÕES E CONTORNOS JURÍDICOS

Ivanilson Francisco dos Santos
Advogado da União
Pós-graduado em Direito Público
pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-MINAS)

Sumário: Introdução; 1 Análise da Constitucionalidade da repercussão geral; 2 Origens históricas da repercussão geral, conceitos e definições; 2.1 A crise do STF e o aparecimento da relevância; 2.2 Conceitos e definições da repercussão geral; Referências.

RESUMO: A introdução no ordenamento jurídico brasileiro de um novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário (a repercussão geral) tem trazido profundas discussões acerca da eficácia desse novo instituto processual no sentido de conter a avalanche de processos que aportam no Supremo Tribunal Federal. A celeuma gira também em torno da necessidade de definir o que se deve entender por “repercussão geral”, tendo em vista a relevância da matéria que acarretará sensível limitação ao livre acesso à jurisdição extraordinária. Daí exsurge clara a necessidade de se traçarem limites seguros para esse novo filtro recursal, proposta deste trabalho acadêmico.

PALAVRAS-CHAVE: Repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. Inconstitucionalidade. Histórico. Conceitos. Definições.

ABSTRACT: The introduction of a new requisite of admissibility for the extraordinary resource (the general repercussion) in the Brazilian juridical order has brought deep debates about the efficiency of this new processual institute in the sense of avoiding an avalanche of lawsuits that reaches The Federal Supreme Court. The polemic turns also around the need of definition of what must be understood as “general repercussion”, taking into account the eminence of the matter that will carry sensitive limitation to the free universal access to the extraordinary jurisdiction. From there rises the need of the definition of safe limits to this new *writ of certiorari* (“filtro recursal”), that is the proposal of this paper.

KEYWORDS: General Repercussion of constitutional aspects of the case. Unconstitutionality. Historic aspects. Concepts. Definitions.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006 regulamentou § 3º do art. 102 da Constituição da República (CR/88), que instituiu um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, consistente na necessidade de demonstração por parte do recorrente da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso.

Não obstante a regulamentação do dispositivo constitucional, faltam critérios mais objetivos para uma definição jurídica do que seja a repercussão geral criada pelo constituinte derivado, com o grave risco de se conferir ao Supremo Tribunal Federal (STF) o poder de negar seguimento a milhares de recursos extraordinários com base na avaliação subjetiva de seus Ministros, em evidente prejuízo dos jurisdicionados. Assim, faz-se mister desenvolver uma análise crítica e cuidadosa dos novos contornos jurídicos que a garantia individual do livre acesso à jurisdição vem ganhando no direito brasileiro, por meio dessas últimas alterações nos processos civil e constitucional.

Nesse aspecto, a discussão que se coloca inicialmente passa necessariamente pelo exame da constitucionalidade ou não desse novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que limitará consideravelmente o acesso à mais alta Corte brasileira, à qual cabe a guarda precípua da Constituição e que detém, em última instância e em caráter definitivo, o controle difuso de constitucionalidade.

Enriquece este estudo uma pesquisa realizada sobre as origens da repercussão geral e uma análise histórico-evolutiva de institutos predecessores tais como a arguição de relevância, que foi anteriormente utilizada no direito brasileiro como uma tentativa de conter o volume crescente de recursos extraordinários que chegavam ao Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988. Realizar-se-á, assim, uma abordagem sucinta das bases ontológicas do instituto no direito alienígena e sua inserção no direito brasileiro como um instrumento de filtragem dos apelos a serem julgados pela Suprema Corte.

Partindo desse ponto, será mais viável tentar delimitar juridicamente esse novo mecanismo da jurisdição extraordinária, o que poderá ser de grande utilidade para a aplicação prática em diversos casos em que a questão é colocada.

1 A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA REPERCUSSÃO GERAL

A repercussão geral do Recurso Extraordinário foi inserida no ordenamento jurídico pátrio pela Emenda Constitucional nº. 45,

que acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição de 1988, com a seguinte redação:

§3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Trata-se de pressuposto de admissibilidade para o Recurso Extraordinário, inserido no texto constitucional, com o intuito de tornar mais célere a prestação jurisdicional mediante o descongestionamento do Supremo Tribunal Federal. Por possuir tal natureza, antes que o recorrente adentre no mérito do recurso, deverá demonstrar a repercussão geral da matéria ali abordada, por meio de preliminar, sob pena de caracterizar-se a inépcia da peça recursal.

A expressão em análise significa que a matéria do recurso extraordinário deve possuir relevo e transcendência, ou seja, não importar apenas às partes que litigam em determinado processo, devendo revelar um interesse público. Para que fosse conferida eficácia a tal comando constitucional, foram inseridos no Código de Processo Civil brasileiro, por meio da Lei n. 11.418/06, os artigos 543-A e 543-B1, que regulamentaram a matéria.

1 Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§1º. Caberá ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da corte.

§2º. Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§3º. Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§4º. Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§5º. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Seguindo o comando legal, o Supremo Tribunal Federal editou a Emenda Regimental nº 21, que alterou o seu regimento interno, adequando-o ao texto constitucional e ao procedimento disposto no CPC. Além disso, nos termos do § 1º do art. 323 do Regimento Interno do STF, também será considerada de repercussão geral a decisão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante na Corte Suprema.

Nota-se, portanto, que foi montado todo um aparato jurídico para viabilizar a aplicação do dispositivo constitucional, sem que se perceba um debate mais profundo acerca da constitucionalidade deste novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, talvez porque o instituto traga, em sua gênese, a promessa de conter a avalanche de processos que aportam diariamente no Supremo Tribunal Federal, visto assim como um caminho apto a tornar a prestação jurisdicional mais célere, anseio esse compartilhado por toda a sociedade brasileira. Entretanto, em que pesem todos os benefícios que o instituto porventura venha a trazer na celeridade processual, é necessário ponderar sobre o preço que se pagará por isso.

Muito se tem discutido, ao longo dos anos, a respeito do papel do Supremo Tribunal Federal em nosso sistema jurídico, ou seja, até que ponto deve a Corte Suprema intervir nos feitos judiciais. Muitos doutrinadores costumam preceituar que a Corte Suprema deve se preocupar somente com as causas de grande vulto, de forma que somente aquelas questões que repercutam no seio da sociedade devam ser julgadas pela instância extraordinária brasileira.

Todavia, aqui não se comunga desse entendimento. O Supremo Tribunal Federal (STF) deve desempenhar seu papel de julgador exatamente da forma como posta na Constituição da República (CR/88) quando esta entrou em vigor em outubro de 1988, analisando as situações enquadradas no artigo 102 da Lei maior, sem a preocupação de saber se há ou não repercussão geral. O seu papel é o de ser o guardião da Constituição da República (CR/88), sem distinguir os efeitos de sua decisão para a sociedade como um todo, mas sim se preocupando com a preservação da Lei maior, face a cada caso concreto, por mais humilde que seja.

Na verdade, o jurisdicionado individualmente considerado está sendo “tragado” pelo que se resolveu denominar de “repercussão geral”, que é voltada para um todo abstrato, o tal interesse da sociedade, esquecendo-se o legislador de que o cidadão é originariamente o detentor de direitos e obrigações, e para ele, principalmente, é voltada a Constituição da República (CR/88). Assim, o STF deve analisar qualquer situação de inconstitucionalidade, independentemente de sua repercussão, vez que o acesso à jurisdição é garantia individual de espectro amplo.

O direito ao julgamento no STF, nas hipóteses do artigo 102 da Constituição da República (CR/88), é um direito fundamental de cada cidadão, preservado à luz do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição da República (CR/88), ou seja, o texto de 1988, em sua origem, apontou que qualquer matéria enquadrada no artigo 102 deveria ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

Muitos doutrinadores poupam-se da discussão, relegando a questão ao segundo plano, inobstante sua gravidade, pois, em última análise, a repercussão geral importou apenas a vontade do legislador constituinte reformador, alterando inadvertidamente a Constituição da República (CR/88). Todavia, a melhor doutrina constitucionalista prega a possibilidade de ser considerada inconstitucional emenda “tendente” a abolir garantias fundamentais, por desrespeitar as denominadas “cláusulas pétreas” do artigo 60, §4º, IV, da Constituição da República (CR/88).

Neste sentido, defendendo a inconstitucionalidade da Repercussão Geral, entende Dirley da Cunha Júnior e Carlos Rátis, em *“EC 45/2004 - Comentários a Reforma do Poder Judiciário”*, 2005, Salvador: juspodivm, p. 44:

esse novo pressuposto de admissibilidade recursal se não vier a ser declarado inconstitucional, só poderá ser exigido quando for elaborada a lei que o regule, posto que de eficácia limitada a norma do § 3º em comento. Sem embargo, independentemente do que venha a ser preconizado pela lei como repercussão geral, o novo § 3º do Art. 102 é flagrantemente inconstitucional, pois autoriza norma infraconstitucional, não apenas a restringir, mas ceifar a possibilidade de o jurisdicionado exercer um direito fundamental. Há, portanto, incontestável violação ao Art. 60, §4º da CF/88.

A repercussão geral vem de encontro ao argumento daqueles que defendem que o STF deve ser um órgão julgador à semelhança da Corte Suprema Americana, julgando poucos casos de grande repercussão. Ora, havendo uma Constituição detalhista e analítica como a nossa, é natural que muitos processos deságüem no Supremo, pois esta foi uma escolha do Poder Constituinte Originário e assim deve ser, pelo menos dentro desta ordem constitucional.

Por outro lado, inventar a “repercussão geral” para desafogar o Supremo Tribunal Federal é afrontar o cerne, o espírito da Constituição da República (CR/88) que, ao entrar em vigor em outubro de 1988, assegurou a todo e qualquer cidadão que o Excelso Pretório teria aquela competência prevista no artigo 102 da Constituição da República

(CR/88), não podendo tal regra ser alterada para restringir o acesso à Corte Maior, na vigência da mesma ordem Constitucional.

Assim, o multicitado artigo 102, parágrafo 3º, dispositivo inserto na Constituição da República (CR/88) por meio de Emenda, é inconstitucional por ferir o núcleo sensível da CR/88.

A criação desse novo pressuposto recursal não é a solução mais digna e adequada para salvar a Corte Suprema da avalanche de feitos judiciais. Na verdade, a solução passa pela reestruturação do Poder Judiciário Brasileiro, inclusive com a digitalização do processo, bem como pela conscientização de certos setores da sociedade quanto a se evitar recorrer em temas já pacificados na jurisprudência dos Tribunais. Ao invés disso, buscou-se uma maneira de desumanizar o Supremo Tribunal Federal, pois a repercussão geral é a vitória do abstrato sobre a sensibilidade estampada em cada capa de processo.

José Ernesto Manzi, juiz do trabalho em Florianópolis/SC, assim escreve:

O Judiciário é um poder elitizado. É uma falácia a afirmação de que o processo trata a todos de forma igual. O sistema recursal atende, principalmente, aos que detêm o poder econômico e ao próprio Estado (este com 80% dos recursos nas instâncias superiores). Quem tem crédito para a contratação de advogados com excelente *know how* e possui meios materiais para tal (custas, despesas etc.) logra levar qualquer processo até o Supremo Tribunal Federal. Um exame superficial das súmulas dos Tribunais Superiores deixa clara a primazia de acesso das instituições financeiras e da Fazenda Pública a essas Cortes, bem como a necessidade de se repensar o sistema processual. Constata-se, na Suprema Corte, que 90% dos processos são meras repetições. Ainda assim, cada Ministro deve julgar cerca de 14.000 processos por ano, o que, evidentemente, não é possível (MANZI, 2008, p. 1).

A crise do Estado brasileiro distorceu o papel da Justiça. De guardiã das liberdades individuais, foi transformada em administradora da moratória estatal e em eficiente proteladora do pagamento das suas dívidas e do cumprimento de suas obrigações para com os cidadãos. Resultado disso são Tribunais superiores cada vez mais abarrotados de demandas discutindo e protelando o pagamento da dívida pública. E tal panorama está longe de ser alterado com a criação da repercussão geral, pois a mudança que se impõe é na consciência desses setores pontuais da sociedade, não muito interessados politicamente em substanciais modificações nesse cenário.

A Fazenda Pública e as grandes empresas devedoras continuarão recorrendo e seus recursos continuarão chegando, aos milhares, ao Supremo Tribunal Federal, já que o interesse “público” e a relevância do ponto de vista “político e econômico” que tais demandas comumente encerram, imporão sua apreciação e julgamento pelo Excelso Pretório, podendo resultar em mais complexidade para o processo e mais serviço à Corte Suprema, pois haverá uma etapa para avaliar a repercussão geral e outra para julgar o mérito do recurso extraordinário. Basta verificar no sítio institucional do Supremo Tribunal Federal na internet² para se constatar que, em sua grande maioria, os casos em que se declarou a existência de repercussão geral são aqueles em que há interesse ou da Fazenda Pública ou do poder econômico, fato que corrobora o que foi aqui dito.

Ninguém questiona que há necessidade de reforma do Poder Judiciário. A mudança, todavia, passa por outro caminho. A criação da repercussão geral, conquanto traga a promessa de reduzir substancialmente o número de processos em curso no máximo Tribunal brasileiro, modifica integralmente o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Aliada a súmula vinculante, tem aspectos benéficos e outros altamente perigosos.

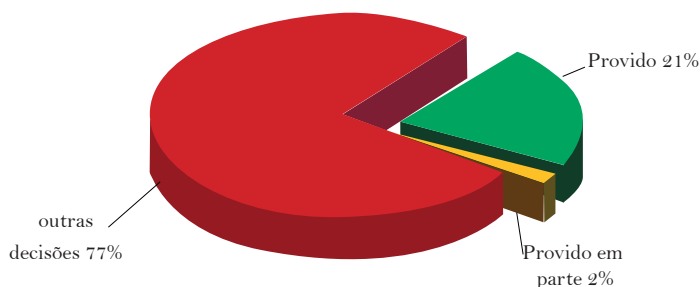
Os aspectos positivos são celeridade na prestação jurisdicional, bem como evitar decisões conflitantes que geram insatisfação e insegurança jurídica. O aspecto negativo é que o acesso ao poder judiciário deixou de ser livre e toda a complexidade que pode envolver a violação a direito individual, constitucionalmente assegurado, poderá, em inúmeros casos, nem vir a ser analisada pelo Supremo.

Não é incomum, na realidade forense, constatar que decisões judiciais inconstitucionais se arrastam nos juízos de primeira e segunda instância, para somente na Suprema Corte serem revistas e cassadas, mediante controle difuso. Para se ter uma idéia, durante a elaboração do presente artigo, este autor realizou uma consulta ao Supremo Tribunal Federal para que informasse o total de recursos extraordinários providos total ou parcialmente por aquela Corte desde a promulgação da Constituição de 1988 ou nos últimos dez anos, e em resposta, foi obtido o seguinte resultado³:

2 STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/>>. Acesso em: 31 ago. 2008.

3 O setor responsável do Supremo esclareceu que o período da pesquisa foi a partir de 2000 e não a partir de 1988 como solicitado, pois o Portal de Informações Gerenciais possui apenas os dados dos processos que estavam em tramitação a partir de 2000. Os dados representam o total de recurso extraordinários providos total ou parcialmente, em comparação ao total de decisões finais em recurso extraordinário, sendo que foram consideradas apenas as decisões finais, ou seja, não estão contabilizadas na pesquisa as decisões interlocutórias nem as de liminar.

Total de Decisões Finais em Recursos Extraordinários



A pesquisa realizada não deixa dúvida de que 23% dos recursos extraordinários que chegam ao Supremo são providos total ou parcialmente por aquela Corte. Isso representa, em síntese, o percentual de decisões judiciais recorridas que contêm algum tipo de ofensa à Constituição e que poderão deixar de passar pelo crivo do Excelso Pretório se a matéria nelas vertida não apresentarem repercussão geral. Em termos numéricos, correspondem a 85.140 reformas de decisões dentro do total de 366.390 decisões finais proferidas no período.

Esse percentual pode ser ainda maior se comparado com o número de apelos efetivamente conhecidos e julgados em seu mérito. Isso porque os 77% restantes se referem a “outras decisões”, não significando que tal índice represente o número de recursos conhecidos e não-providos, podendo conter as decisões finais que inadmitem recurso na forma do art. 557 do CPC, ou ainda que deixam de conhecê-lo por falta de prequestionamento, por intempestividade, por defeito na instrução, por ausência de demonstração de ofensa direta à constituição, dentre outras, tudo sem discutir o mérito da questão constitucional trazida à baila.

Infelizmente, muitas decisões são tomadas neste país sem um estudo prévio e aprofundado sobre as reais causas da morosidade da justiça. O hábito de “experimentar para ver se dá certo” é uma característica marcante da prática governamental brasileira. Ao passo que, em países avançados, antes de se tomar qualquer decisão de relevância, elaboram-se estudos estatísticos detalhados para se chegar a um diagnóstico preciso do problema e avaliar os impactos das medidas a serem adotadas; no Brasil, o improvisado e o uso de medidas paliativas são a regra para tentar equacionar problemas que se arrastam por décadas. Mas a experiência histórica vem ensinando que nem sempre a simplificação é a melhor solução para as problemáticas, ao contrário, as soluções aparentemente mais simples são as mais perigosas.

Assim, conquanto este autor considere inconstitucional a art. 102, parágrafo 3º da Constituição da República (CR/88), é certo que ele vem sendo colocado em prática pelo Supremo Tribunal Federal. Trabalhando sobre o fato consumado, espera-se, pelo menos, que o mais alto Tribunal do país possa definir este fenômeno que traz um conceito vago e indeterminado.

2 ORIGENS HISTÓRICAS DA REPERCUSSÃO GERAL, CONCEITOS E DEFINIÇÕES

Não resta dúvida que a inspiração para a introdução desse novo requisito de admissibilidade em nosso direito é claramente norte-americana, residindo mais especificamente no *writ of certiorari* (Regra n. 10), por meio do qual a *Supreme Court* conhecerá o recurso a ela dirigido apenas nos casos de *sufficient public importance*, (MARINONI; MITIDIERO, 2007, p. 20) sistema esse adotado há quase oitenta anos naquele país.

Institutos similares à repercussão geral, limitadores do acesso às Cortes Supremas, podem ser encontrados no direito comparado. No direito alemão, o conhecimento do recurso de *Revision* pelo Tribunal Constitucional fica condicionado a que a causa decidida ostente uma “significação fundamental” (MARINONI; MITIDIERO, 2007, p. 20).

No direito argentino, a Corte Suprema pode não conhecer do recurso extraordinário *por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de transcendência* (art. 280, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*) (MARINONI; MITIDIERO, 2007, p. 20). Assim, o ordenamento jurídico portenho autoriza sua corte constitucional a não conhecer o apelo extremo quando faltar o requisito de transcendência ou quando ausente a chamada *gravedad institucional*.

Há, ainda, notícia de que o Código de Processo Civil japonês e o Tribunal Constitucional Espanhol (juízo de relevância) possuem institutos semelhantes à repercussão geral, que, desta forma, busca sua inspiração em prática alastrada em outras cortes constitucionais, em que o recurso à Corte Suprema tem caráter realmente excepcional e não é visto como um direito do jurisdicionado.

A repercussão geral, dependendo da forma como for conduzida, pode vir a ter um efeito avassalador sobre o acesso de recursos extraordinários ao STF (e, conseqüentemente, sobre a sua carga de trabalho). A expectativa é de que o STF passe a exercer um papel apenas subsidiário e correicional na jurisdição incidental de controle de constitucionalidade, exercida pelos juízes e tribunais

inferiores, reforçando-se, assim, as jurisdições inferiores, especialmente os Tribunais de Justiça e os TRFs, que, segundo Oscar Vilhena Vieira (VIEIRA, 2004, p. 202), estariam aviltados em sua jurisdição, funcionando como entrepostos judiciais, visto que invariavelmente suas decisões são questionadas frente ao STF e ao STJ.

Mas esta não é a primeira vez em que a mesma solução é proposta, e nem a primeira tentativa de implantá-la. A tentativa anterior, no entanto, não foi bem sucedida, como se passa a examinar.

2.1 A CRISE DO STF E O APARECIMENTO DA RELEVÂNCIA

Poucas décadas após a sua implantação, em 1891, já causava preocupação a sobrecarga do STF, sendo analisadas diversas propostas para a sua solução (CALMON DE PASSOS, 1977, p. 11-12). Calmon de Passos aponta que a primeira tentativa de reduzir esta crise surgiu com a Lei n. 3.396, de 1958, que possibilitou a triagem dos recursos extraordinários pela instância local (o que ocorre até hoje, consoante o art. 542, § 1º do CPC). A segunda medida, ainda segundo o mestre baiano, veio em 1963 e consistiu na organização de Súmulas de jurisprudência dominante no STF, que, apesar de não possuírem efeito vinculante, constituíam óbice à admissibilidade dos recursos ao Supremo. Em seguida, no ano de 1965, houve nova tentativa, esta a mais curiosa: os relatores dos recursos cuja tramitação sem julgamento ultrapassasse 10 anos poderiam convocar as partes interessadas para manifestarem seu interesse no prosseguimento do feito, arquivando-os em caso de silêncio (CALMON DE PASSOS, 1977, p. 11-12).

Na década de 1960, surgiu, com força, a proposta, inspirada no modelo americano, de introdução de uma argüição de relevância, que permitisse ao STF conhecer apenas os recursos extraordinários que discutissem questões federais importantes. Segundo Victor Nunes Leal, a noção de interesse público é que deveria nortear a definição do critério de relevância (LEAL, 1966, p. 24), idéia essa encampada pela Emenda Constitucional n. 01/69, que alterou substancialmente a Constituição de 1967. Nela se previa que o STF estabeleceria, em seu regimento, as causas cuja natureza, espécie ou valor pecuniário justificariam seu conhecimento.

Mas a sistematização, que veio em 1975 pelo Regimento Interno do STF, seguiu uma lógica distinta. Em vez de utilizar a argüição de relevância como filtro para a seleção dos casos, sua aplicação foi em sentido contrário: o regimento enumerava as causas em que o recurso extraordinário não seria admitido, mas deixava aberta a possibilidade de serem conhecidos recursos que, originalmente, não estariam contemplados naquelas hipóteses, desde que houvesse relevância da

questão federal. Quanto à definição do que seria questão relevante para fins de conhecimento do recurso extraordinário, o RISTF permaneceu silente. Na esteira do preconizado por Victor Nunes Leal, predominava o entendimento de que deveria se considerar o interesse público envolvido na questão, pouco importando o interesse das partes envolvidas no litígio. Evandro Lins e Silva, por sua vez, defendia a inclusão das garantias fundamentais do cidadão ao lado do interesse público como determinante da relevância (LINS E SILVA, 1976, p. 45).

Apenas em 1985, com a Emenda n. 02 do Regimento Interno do STF, a arguição de relevância adquiriu a função para a qual fora idealizada. Em vez de elencar os casos nos quais o recurso extraordinário não seria cabível, o RISTF passou a enumerar, *numerus clausus*, as hipóteses em que ele seria admitido, independentemente de relevância da questão federal envolvida. Em todos os demais casos, seria necessário que o recorrente demonstrasse tal relevância, sob pena do não conhecimento do recurso.

A definição de questão federal relevante, diferentemente do que ocorria no sistema anterior, passou a estar contida no próprio regimento interno do STF, considerando-se como aquela que, pelos reflexos na ordem jurídica, e pelos aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigisse a apreciação pelo Tribunal⁴.

Como a arguição de relevância não foi adotada pelo texto constitucional de 1988, seu funcionamento como filtro recursal efetivo foi muito breve, limitando-se ao período compreendido entre fevereiro de 1986 (quando entrou em vigor a já citada emenda regimental ao RISTF) e outubro de 1988, quando foi promulgada a nova Constituição brasileira. Além disso, a falta de motivação das decisões (alvo de severas críticas) e o sigilo das sessões (LEITE, 1987, p. 17-19) em que eram tomadas impedem uma sistematização do conceito de arguição de relevância adotado pelo STF durante aquele período (SANCHES, 1988, p. 260-262).

Conquanto a arguição de relevância possa ser considerada um embrião da repercussão geral, as diferenças entre os dois institutos são grandes. Antes da Constituição de 1988, o escopo do recurso extraordinário era bem mais amplo, já que incluía a possibilidade de revisão das decisões que violassem a legislação federal. Com a criação do STJ, o reexame de tais questões passou a ser feito por meio do recurso especial, ficando o STF exclusivamente com competência para o reexame das matérias constitucionais. Se antes a simples presença de uma questão constitucional fazia presumir a relevância⁵ da matéria para fins de exame pelo STF, agora será necessário distinguir entre as

4 RISTF, art. 327, § 1º

5 RISTF, art. 325, I.

matérias constitucionais que são dotadas de repercussão geral e aquelas que não são. Apenas as primeiras serão admissíveis no STF, restando definitivas as decisões das instâncias inferiores quanto às demais.

2.2 CONCEITOS E DEFINIÇÕES DA REPERCUSSÃO GERAL

O texto da Emenda Constitucional nº 45 não definiu o que se deve entender por repercussão geral, mas, em vez de deixar a competência para a definição do instituto para o Regimento Interno do STF, como feito no regime da arguição da relevância, desta feita, foi deixada ao legislador ordinário a tarefa de delimitar o que seja repercussão geral.

Assim, o § 1º. do art. 543-A do diploma processual civil definiu que questões de repercussão geral seriam aquelas que possuem conteúdo econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Nesse diapasão, prevaleceu o entendimento que relacionava relevância a interesse público, sendo intuitivo que aquilo que tem repercussão geral é exatamente o que atinge um elevado número de pessoas, de modo que a questão envolvida transcenda o interesse das partes em litígio⁶.

No universo da ciência do Direito Processual Civil, há critérios para a avaliação desta repercussão geral em seus enumerados “pontos de vista”: I – Do ponto de vista jurídico, visa à proteção dos institutos jurídicos básicos com intuito de a decisão não gerar perigoso e relevante precedente; II – Do ponto de vista político, tem por objetivo a paz e harmonia entre os entes soberanos, assim, haverá esta repercussão quando de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou Organismos Internacionais; III – Já do ponto de vista social, far-se-á presente nas ações cujo objeto relaciona, por exemplo, com o direito à escola, à moradia, dentre outros; e, IV – Do ponto de vista econômico, ocorrerá, *verbi gratia*, quando se discutir o sistema financeiro da habitação ou privatização de serviços públicos⁷.

6 Esta é a posição da maior parte da doutrina. V., p. e., BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Emenda Constitucional nº 45 e o Processo”, in Revista Dialética de Direito Processual, nº 33, dez de 2005, p. 56. No mesmo sentido (equiparando repercussão geral a interesse público ou coletivo), v. MACHADO, Hugo de Brito. “Conhecimento do Recurso Extraordinário. Repercussão Geral das Questões Constitucionais”, in Revista Dialética de Direito Processual, nº 34, jan. de 2006, p. 51, VIANA, Juvêncio Vasconcelos. “Questão de Repercussão Geral (§ 3º do art. 102 da Constituição da República (CR/88)) e a Admissibilidade do Recurso Extraordinário”, in Revista Dialética de Direito Processual, nº 30, set. de 2005, p. 82; ALVIM, Carreira. “Alguns Aspectos dos Recursos Extraordinário e Especial na Reforma do Poder Judiciário (EC n. 45/2004)”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Reforma do Judiciário. Ob. cit., p. 325.

7 Critérios propostos por José Miguel Garcia Medina, Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier na obra Breves comentários à nova sistemática processual civil. 3.ed. São Paulo: RT, 2005, p.103

A fim de melhor esclarecer o conceito de repercussão geral, Fredie Didier Jr. (2007, p. 270) e Leonardo José Carneiro da Cunha, tecem os seguintes argumentos:

Como foi visto, o legislador valeu-se, corretamente, de conceitos jurídicos indeterminados para a aferição da repercussão geral. É possível vislumbrar, porém, alguns parâmetros para a definição do que seja “repercussão geral”: I) questões constitucionais que sirvam de fundamento a demandas múltiplas, como aquelas relacionadas a questões previdenciárias ou tributárias, em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica. Por conta disso, é possível pressupor que, em causas coletivas que versem sobre temas constitucionais, haverá a tal “repercussão geral” que se exige para o cabimento do recurso extraordinário. II) questões que, em razão da sua magnitude constitucional, devem ser examinadas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, como aquelas que dizem respeito à correta interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem um conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda ordem jurídica dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A repercussão geral é a conjugação de *relevância* e *transcendência*, (MARIONI; MITIDIERO, 2008, p. 33), sendo razoável imaginar que *transcendência* significa ou que o recurso deve ser capaz de gerar um precedente (*leading case*), que irá nortear a interpretação e aplicação do direito constitucional em casos futuros, ou que se refere a direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Nesse aspecto, Luiz Guilherme Marinoni assim se manifesta:

A transcendência da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa como quantitativa. Na primeira, sobleva para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas susceptíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente, coletivo ou difuso). (MARIONI; MITIDIERO, 2008, p. 37)

e 104. Outros grandes pensadores do direito entendem no mesmo sentido como Luiz Manoel Gomes Jr. em A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. São Paulo: RT, 2005, p. 101 e 102 e Lenio Luiz Streck em Comentários à reforma do poder judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 140 e 141.

Há, ainda, opinião defendendo que não se pode restringir o significado de repercussão geral apenas aos chamados “processos repetidos”, pois ela poderá existir mesmo em ações individuais, com questões que provavelmente não ocorrerão em outros processos. Veja-se:

Numa perspectiva vertical, cumpre reconhecer que também quando estiver em jogo o direito de uma só pessoa, em situação aparentemente irrepetível, deverá ser reconhecida a repercussão geral, desde que se trate de direito fundamental, aí incluídos, como se sabe, os direitos e garantias individuais e os direitos sociais, com ênfase na tutela do mínimo existencial. (MARTINS, 2007, p. 101)

Se o deslinde da questão transcendente for importante para o desenvolvimento e unificação da interpretação da matéria constitucional, de modo a contribuir para a sistematização do direito constitucional, ficará caracterizada a *relevância* da questão sob o aspecto *jurídico*.

Por outro lado, a questão pode ser transcendente sem influenciar a interpretação ou sistematização do direito. Caso, por exemplo, de um recurso extraordinário de um ente público ou de uma entidade de direito privada prestadora de serviços assistenciais, ou mesmo uma empresa pública ou privada, com muitos empregados, com muitos contratos com fornecedores, clientes, dentre outros. Se a questão em litígio envolver cifras muito elevadas, é evidente que a questão é relevante sob o aspecto econômico, assim como é transcendente por atingir um grande número de pessoas, que sustentam o ente público mediante pagamento de tributos, que dependem dos serviços prestados pela entidade assistencial ou que dependem dos empregos ou contratos mantidos com a empresa, configurando, assim, a repercussão geral.

Tomando-se novamente o exemplo de uma entidade de assistência social, de uma escola ou de um hospital com ou sem fins lucrativos, caso seja demonstrado que a ação influenciará significativamente na prestação dos serviços para um grande número de pessoas, estará caracterizada a transcendência e relevância sob o aspecto *social*.

Por fim, a questão pode ser relevante sob o aspecto *político*. Questões envolvendo definição judicial em matéria eleitoral relativa à validade de pleitos eleitorais relativos, a investidura de membros de poderes e em cargos importantes da República, podem ser consideradas relevantes e apresentarem a transcendência, pois atingem toda a população.

Mas nada disso se presume: deve ser demonstrado que a decisão do processo judicial irá influenciar a vida de muitas pessoas (transcendência), em razão da contribuição para a sistematização

do direito (relevância jurídica), magnitude dos valores envolvidos (relevância econômica), influência na prestação de serviços sociais (relevância social) ou da definição de quem deve ser os membros ou ocupar cargos importantes da República (relevância política).

Seja como for, a despeito dos esforços da doutrina em traçar parâmetros jurídicos para definir a repercussão geral, em última análise, caberá ao Supremo Tribunal Federal esta árdua tarefa, na análise dos inúmeros casos que lhe serão postos à apreciação. Nesse sentido, merece destaque a lúcida manifestação doutrinária:

O que se passa com tal noção é que ela deve ser objeto de decantação permanente, de que resultará, com o tempo, mosaico rico e variegado de matizes. (ALVIM, 2005, p. 74)

Portanto, em conclusão, a delimitação da repercussão geral será objeto de constante trabalho de lapidação, protagonizado pela Suprema Corte, em atividade jurisprudencial, que será construída mediante a provocação e a força argumentativa dos advogados das partes, tudo com a relevante contribuição da Doutrina.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional nº 45 e o Processo. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 33, dez. 2005.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Da Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário. *Revista Forense*, a. 73, v. 259, jul.-set. 1977.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley; RATIS, Carlos. *EC 45/2004 - Comentários a Reforma do Poder Judiciário*. Salvador: Juspodivm, 2005.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, v. III.
- LEAL, Victor Nunes. O Requisito da Relevância para Redução dos Encargos do Supremo Tribunal Federal, *Revista Forense*, a. 62, n. 213, jan.-mar. 1966.
- LEITE, Evandro Gueiros. O Recurso Extraordinário e a Emenda 02/85 do RISTF. *Jurisprudência Brasileira*, v. 125, 1987.
- LINS E SIVA, Evandro. O Recurso Extraordinário e a Relevância da Questão Federal, *Revista Forense*, a. 72, v. 255, jul.-set. 1976.

MACHADO, Hugo de Brito. Conhecimento do Recurso Extraordinário. Repercussão Geral das Questões Constitucionais. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 34, jan. 2006.

MANZI, José Ernesto. Da morosidade do Poder Judiciário e algumas possíveis soluções. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 337, 9 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5312>>. Acesso em: 31 ago. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Mitidiero. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Samir José Caetano. A repercussão geral da questão constitucional (Lei n. 11.418/2006). *Revista Dialética de Direito Processual* n. 50, maio de 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANCHES, Sidney. Arguição de Relevância da Questão Federal. *Revista dos Tribunais*, a. 77, n. 627, jan. 1988.

STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Que Reforma?. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, 2004.

EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Lígia Maria Veloso Fernandes de Oliveira

*Advogada da União, Mestra em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais; Professora de Direito Administrativo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Função Política e Função Administrativa: Ato político e Ato Administrativo; 2 Controle Judiciário dos Atos Administrativos; 3 Direitos Sociais na Constituição; 4 Eficácia dos direitos sociais – o mínimo existencial e a reserva do possível; 5 O controle judicial de políticas públicas; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: questão referente ao controle de políticas públicas que visam a garantir a efetivação de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário constitui tema de grande importância nos dias de hoje, sendo objeto de análise e discussão entre os estudiosos do direito.

Reconhecer ao pelo Poder Judiciário competência para controlar os atos de governo, nesse particular, implica determinar os fundamentos jurídicos que justificam esse controle, traçando-se também os seus limites.

Com efeito, se é certo que a função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário abrange também as políticas públicas referentes à efetividade dos direitos sociais, não é menos certo que esse controle não pode ser compreendido de forma absoluta, sob pena de se subverter toda a ordem democrática.

A questão envolve a análise do aparente conflito entre dois princípios de fundamental importância: dignidade da pessoa humana e reserva do possível.

Discussões acerca dos limites materiais do Estado, que se consubstanciam na chamada cláusula da reserva do possível, não excluem o dever do Estado no tocante à efetivação dos direitos sociais, nem afasta o controle jurisdicional a respeito da implantação desses direitos. Mas, constituem fator importante que não pode passar despercebido pelo Judiciário. Com efeito, as decisões judiciais não podem se afastar do que é razoável, necessário, suficiente e adequado à situação concreta imposta no caso real, sob pena de se tornar impossível o seu cumprimento, com prejuízo para ambas as partes.

PALAVRAS-CHAVES: Políticas Públicas. Controle. Poder Judiciário. Direitos Sociais. Reserva do Possível.

ABSTRACT: The question related to the control of the public policies that aim to guarantee the effectuation of fundamental rights by the Judicial Power constitutes theme of enormous importance nowadays, and it is object of analysis and debates among Law scholars.

To attribute to the Judicial Power competence to control the acts of the Government, in this sense, implies to determine the juridical basis that justify such a control and also to define its limits.

In fact, if it is a fact that the jurisdictional function exercised by the Judicial Power includes the public policies related to the effectivity of the social rights, it is not less fact that this control cannot be taken by unconditional form, on penalty of overthrowing the whole democratic order.

This question involves the analysis of the apparent conflict between two principles of fundamental importance: dignity of the human being and reserve of the possibilities clause.

Debates concerning the material limits of the State, which consubstantiate themselves in the so-called reserve of the possibilities clause, do not exclude the duty of the State as to the effectivation of the social rights, nor remove the jurisdictional control related to the effectiveness of such rights. But they are important factor that cannot be neglected by the Judicial Power. In fact, judicial verdicts cannot run away from what is reasonable, necessary, sufficient and suitable to the concrete situation imposed by the real case in court, on penalty of making it impossible them impossible to be observed, with losses for both parts.

KEYWORDS: Public policies. Control. Judicial Power. Social Rights. Reserve of the possibilities clause.

INTRODUÇÃO

O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário tem chamado a atenção dos estudiosos do direito. De fato, a Constituição Federal de 1988, ao elevar a dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, arrolando, ainda, como fundamentais uma série de direitos sociais, que impõem uma atuação positiva do Estado, trouxe a lume a discussão quanto aos limites da discricionariedade política e a possibilidade de controle das políticas públicas pelo Judiciário visando à efetivação dos direitos sociais.

O objetivo aqui proposto é proceder a uma análise quanto aos aspectos jurídicos que fundamentam esse controle e os seus limites, não se pretendendo, no entanto, exaurir a discussão sobre o tema que, de certa forma, é ainda emergente no cenário jurídico. A própria formatação deste trabalho impõe limitações a uma análise exaustiva sobre a questão.

A partir da distinção entre a função administrativa e a função política, passando pelo estudo do regime jurídico aplicável ao

controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, verifica-se a impossibilidade de se submeter os atos políticos ao mesmo modelo de controle jurisdicional aplicável aos atos administrativos.

Em um segundo momento, pretende-se traçar, em rápidas linhas, a evolução constitucional a respeito da normatização dos direitos fundamentais. Ressalte-se, ainda, em face do tema aqui abraçado, a necessidade de se abordar alguns aspectos referentes à dignidade da pessoa humana, especialmente no que diz respeito às condições mínimas necessárias que preservem essa dignidade.

Importa observar ainda que falar de controle de políticas públicas não prescinde de um comentário sobre as limitações materiais do Estado, ou seja, o chamado princípio da reserva do possível. Como conciliar o mínimo existencial e a reserva do possível em se tratando de políticas públicas voltadas para a efetivação de direitos sociais?

A análise das questões acima elencadas constituem o pano de fundo indispensável à abordagem do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário visando à efetivação dos direitos sociais.

Ao se concluir que os atos de governo, especialmente nessa seara, não se furtam ao controle judicial, torna-se necessário abordar os fundamentos jurídicos que justificam esse controle, traçando-se também os seus limites.

Com efeito, se é certo que a função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário abrange também os atos de governo, não é menos certo que esse controle não pode ser compreendido de forma absoluta, sob pena de se subverter toda a ordem democrática, sendo essencial, portanto, discorrer sobre os limites desse controle.

1 FUNÇÃO POLÍTICA E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: ATO POLÍTICO E ATO ADMINISTRATIVO

Mello (2007), ao discorrer sobre as funções do Estado, define a função administrativa como sendo

a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada *mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, *infraconstitucionais*, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*. (MELLO, 2007, p.36,)

De acordo com os ensinamentos do ilustre autor, a função administrativa volta-se para a gestão concreta, prática, direta, imediata e,

conseqüentemente, de certa forma, rotineira dos assuntos da Sociedade, conformando-se a um modelo legal pré-existente (MELLO, 2007).

Na função política ou de governo, por sua vez, diferentemente da função administrativa, não se têm em pauta comportamentos infralegais ou infraconstitucionais, expedidos dentro de uma relação hierárquica e submetidos à revisão quanto ao aspecto da legalidade, e sim, *“atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas.”* (MELLO, 2007, p.37).

Para Di Pietro, a função política abrange as atividades legislativas e de direção, ficando a cargo da função administrativa o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia (2008a). Ressalta a autora a inexistência de uma separação precisa entre os dois tipos de função, afirmando que, sob o ponto de vista do conteúdo (aspecto material), não se pode distingui-los, uma vez que em ambas as hipóteses há aplicação concreta da lei. Alguns aspectos da função política, no entanto, são apontados pela ilustre administrativista: abrange atribuições que decorrem diretamente da Constituição, que, inclusive, exerce a função de regulá-las, referem-se mais à *polis*, à sociedade, à nação, do que a interesses individuais (2008a).

Das lições de Carvalho (2008) tem-se que os autores, visando a distinguir a atividade de governo da atividade administrativa, definiram governar como sendo uma quarta função, exercida pelo alto escalão da gestão política, encarregado da direção dos interesses superiores do Estado, através da prática de atos internacionais, de elaboração de políticas públicas e de realização de atos fundados na soberania estatal, com limitações impostas pela Constituição.

Define-se governar, conforme Carvalho (2008), como sendo a

atividade específica e independente, de direção suprema e geral do Estado. Desde seu caráter pré-jurídico, ou seja, anterior à edição do direito positivo, como ocorre na elaboração de políticas econômicas, e até em posturas internacionais assumidas pelos Estados e atos constitucionais pertinentes às relações entre órgãos de cúpula, tem-se um amplo espaço para o alto escalão do Poder Público realizar a condução política da sociedade. (CARVALHO, 2008, p.592).

Constituem as políticas públicas instrumentos de ação dos governos, definindo-se como sendo as escolhas dos meios para a consecução dos objetivos públicos, por meio da participação do Estado e de particulares

(CARVALHO, 2008). Em Carvalho (2008) extrai-se, ainda, que as políticas públicas devem ser consideradas como processo ou conjunto de processos que termina na escolha racional e coletiva de prioridades, visando à definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.

Em interessante trabalho, observa Bucci (2006) que as políticas públicas têm distintos suportes legais, podendo ser expressas em disposições constitucionais ou em leis ou em normas infralegais, como decretos e portarias, e, ainda, em instrumentos jurídicos de outra natureza, citando como exemplo contratos de concessão de serviço público. Política pública é definida pela autora como sendo um programa ou quadro de ação governamental, uma vez que consiste num conjunto de medidas articuladas, coordenadas, tendo como objetivo dar impulso, ou seja, movimentar a máquina do governo, realizando algum objetivo de ordem pública ou, ainda, concretizar um direito.

Nas palavras da ilustre Professora, *“Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”* (BUCCI, 2006, p.38). Administrar, por sua vez, constitui a execução do direito, através da interpretação provisória das normas, objetivando proporcionar aos cidadãos a satisfação do bem comum (CARVALHO, 2008).

2 CONTROLE JUDICIÁRIO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Do magistério de Fagundes (2005), conclui-se que os Estados, nas relações com o indivíduo, têm direitos a determinadas prestações. Esse, por sua vez, também desfruta de direitos a prestações em relação ao Estado, denominados direitos subjetivos públicos do indivíduo. Entretanto, a falta de um ou outro aos seus deveres, seja por ação ou omissão, faz nascer situações contenciosas, com o Estado e o indivíduo ocupando posições opostas.

Conforme Fagundes (2005), através do exercício da função administrativa, tem-se a individualização da lei, determinando o Estado uma série de limitações à atividade individual, seja impondo prestações, contrariando interesses e negando direitos, gerando, conseqüentemente, os conflitos entre o Estado o indivíduo. Em face dessa situação, verifica-se, muitas vezes, o choque entre o conceito da Administração Pública a respeito das restrições fixadas pelo Direito positivo em relação às atividades particulares e a idéia que tem o indivíduo da amplitude dos seus direitos. Ainda nas hipóteses em que a Administração reconhece direitos a determinadas pessoas, pode-se

vislumbrar os referidos conflitos, uma vez que o reconhecimento de direito, em determinadas situações, pode implicar preterir direito de outrem. Fagundes (2005) visualiza a possibilidade de o direito ser atingido até mesmo quando a Administração se limita a definir uma situação em face da lei, como é o caso do lançamento, seja porque pode criar desigualdades em face dos textos legais, seja porque pode criar exigências não previstas em lei.

Ocorrendo esses conflitos, tendo-se como partes opostas a Administração Pública, órgão ativo do Estado e o indivíduo, duas questões devem ser observadas: a sujeição da Administração Pública à ordem jurídica e o controle político-jurídico dessa sujeição (FAGUNDES, 2005).

Lembra-nos Fagundes (2005) do princípio da legalidade, aceito universalmente, sendo consequência do sistema de legislação escrita e da natureza da função administrativa, que estabelece a sujeição das atividades da Administração Pública à ordem jurídica, ou seja, o procedimento administrativo não existe juridicamente se lhe falta o texto legal. Acrescente-se, ainda, a exigência de que a Administração atue segundo a orientação da lei e dentro dos limites traçados por ela. Assim, assinala o autor que a atuação administrativa em face de determinada situação individual, sem que haja preceito legal que a autorize, ou que exceda o âmbito de permissão da lei, será considerada antijurídica. Com efeito, a função administrativa, objeto das atividades da Administração Pública, é, em sua essência, realizadora do direito, não se podendo aceitar que seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a ou além dos limites legais (FAGUNDES, 2005).

Contudo, em que pese à sujeição da atividade administrativa aos limites preestabelecidos na lei, há situações em que se reconhece à Administração Pública uma certa liberdade de atuação, em face da variedade e multiplicidade de situações que excluem, em muitos casos, disciplina uniforme e precisa (FAGUNDES, 2005). A ocorrência de um sem número de circunstâncias ocasionais impede e antes, desaconselha, a sua previsão minuciosa, sob pena de se dificultar e até mesmo impedir a execução das finalidades administrativas. Em face disso, reserva-se à Administração Pública um espaço de certa liberdade, de discricionariedade quanto à conveniência, oportunidade e modo de agir. Permite-se à Administração Pública uma atuação, desde que não contrarie “*o regime de legalidade, sem ir positivamente de encontro a determinações legislativas, abster de executar a lei.*” (FAGUNDES, 2005, p.122). Ressalte-se, no entanto, que não se está falando em quebra da submissão à ordem jurídica, sendo apenas uma *submissão adstrita a limites diversos dos comuns, mas regulada e admitida pelo próprio direito escrito.*

(FAGUNDES, 2005, p.123). Não há que se negar, portanto, mesmo em se tratando de competência discricionária, de limitações às atividades administrativas, vinculando-o à legalidade (FAGUNDES, 2005).

Conforme esclarece Fagundes (2005), visando à efetividade da submissão da Administração Pública à ordem jurídica, pode-se falar em um triplice sistema de controle das suas atividades, quais sejam, o controle administrativo, legislativo e jurisdicional.

O controle administrativo é realizado internamente pela própria Administração visando à correção dos defeitos de funcionamento interno da estrutura administrativa em prol do interesse geral, reparando, ainda, eventuais erros ou omissões na aplicação da lei (FAGUNDES, 2005).

O controle legislativo compete ao Poder Legislativo, sendo essencialmente político e destina-se à fiscalização das atividades administrativas sob o aspecto geral da sua legalidade e conveniência ao interesse público. Lembra Fagundes (2005) que o controle legislativo, no nosso regime político, possui alcance muito restrito, citando como exemplo a elaboração orçamentária.

Por meio do controle efetuado pelo Poder Judiciário, conforma-se a Administração Pública à ordem jurídica, assegurando ao indivíduo o exercício pleno dos seus direitos. Com efeito, a finalidade essencial e característica do controle exercido pelo Poder Judiciário é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública que, como órgão ativo do Estado, encontra-se freqüentemente em contato com o indivíduo, podendo-lhe violar os direitos por abuso ou erro da aplicação da lei (FAGUNDES, 2005).

Afirma Carvalho Filho (2007) que a função jurisdicional, por enfrentar situação de dúvida ou conflito, mediante a aplicação da lei *in concreto*, é a adequada para dirimir eventual conflito entre o ato administrativo e a lei, constituindo-se como forma de garantia dos indivíduos.

Lembra o autor (CARVALHO FILHO, 2007) as hipóteses indicadas na Constituição que visam a garantir o exame, pelo Poder Judiciário, de questionamentos sobre atos administrativos ilegais, quais sejam, o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública e, especialmente, o princípio que assegura o recurso ao Judiciário em face de lesão ou ameaça ao direito do indivíduo, consagrado no art.5º, XXXV. Acrescente-se, ainda, o art.103-A, da Carta Magna, que instituiu o regime das súmulas vinculantes, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19.12.2006, que prevê a reclamação ao Supremo Tribunal Federal objetivando à anulação de atos administrativos contrários à enunciado de súmula vinculante, ou que lhe neguem vigência ou que o

apliquem indevidamente, sem prejuízo do emprego de outros meios de impugnação.

Ao discorrer sobre o controle jurisdicional da Administração Pública, afirma Moraes (2004), com fundamento no princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, a possibilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos exercidos em função da atividade administrativa não vinculada. Ressalta a autora (2004), no entanto, a presença de posicionamento doutrinário que considera a existência de uma reserva da Administração perante os Tribunais, limitando o controle jurisdicional da Administração Pública, com fundamento no princípio constitucional da separação dos poderes.

Há que se esclarecer que a discussão sobre os limites do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, embora envolvente, não constitui o objeto deste trabalho. Sendo assim, não vamos estendê-la para além do necessário, tendo em vista a nossa proposta de argumentação sobre o controle das políticas públicas visando à efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário; tema que nos propusemos, em breve vôo panorâmico, a esboçar.

O que se pode afirmar, no entanto, sem embargo de opinião contrária, é que a função administrativa, por ser subjacente à lei, subordina-se ao controle efetuado pelo Poder Judiciário, sob o aspecto da legalidade. Ressalte-se, ainda, que, mesmo nos atos discricionários, em que se reconhece à Administração Pública certa parcela de liberdade, subsiste esse controle de legalidade uma vez que a liberdade nunca é absoluta, e sempre ocorre nos limites traçados pela própria lei.

3 DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO

Conforme Quadros (2000), o processo de materialização dos Direitos Fundamentais tem início na Inglaterra, marcando o começo da derrocada da monarquia, que irá ceder lugar a um novo tipo de Estado: o Estado Liberal.

A ideologia liberal apresenta-se individualista, fundamentada na busca dos interesses individuais, sendo o conteúdo dos Direitos Fundamentais no Estado Liberal os Direitos Individuais relativos à liberdade e à igualdade (MAGALHÃES, 2000).

Fala-se em liberdade de locomoção, liberdade de empresa como a liberdade de comércio e de indústria, liberdade de consciência, liberdade de expressão, de reunião, de associação, o direito à propriedade privada, a inviolabilidade de domicílio e, entre outros direitos voltados para o indivíduo isolado, a igualdade perante a lei (MAGALHÃES, 2000). Ressalta, no entanto, Magalhães (2005), que a base fundamental do

modelo de Estado Liberal é o direito à propriedade privada, considerado absoluto e intocável.

O individualismo dos séculos XVII e XVIII, corporificado no Estado Liberal, e a omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos trouxeram como consequência um capitalismo desumano e escravizador, sendo o século XIX palco de desajustamentos e misérias sociais, agravados pela Revolução Industrial (MAGALHÃES, 2000).

Di Pietro (2008b) assinala a transformação das grandes empresas em grandes monopólios, esmagando as de pequeno porte, e o surgimento de uma nova classe social, o proletariado, vivendo em condições de miséria, doença, ignorância. Essa situação tendia a se agravar caso se mantivesse o não-intervencionismo do Estado propagado pelo liberalismo. Com efeito, os princípios da proteção da liberdade e da igualdade, defendidos pelo liberalismo, foram insuficientes para conter a profunda desigualdade gerada por eles. Em face dessas consequências funestas na economia e no cenário social, iniciam-se, em meados do século XIX, as reações contra o Estado Liberal (DI PIETRO, 2008b).

Verifica-se, portanto, que as Constituições que surgem após a Primeira Guerra Mundial não se preocupavam apenas com a estrutura política do Estado, mas ressaltavam que o Estado tem o direito e o dever de reconhecer e garantir a nova estrutura exigida pela sociedade. O conteúdo dos Direitos Fundamentais se amplia, consagrando nas novas Constituições os direitos sociais e econômicos (MAGALHÃES, 2000).

Conforme se extrai das lições de Magalhães (2000), o Estado deveria deixar sua conduta abstencionista e garantir os direitos sociais mínimos da sociedade, assinalando o autor:

Para que realmente os direitos individuais pudessem ser usufruídos, deveriam ser garantidos os meios para que isso fosse possível. Dessa forma, se o liberalismo proclama a liberdade de expressão e de consciência, deve toda população ter acesso ao direito social à educação, para formar livremente sua consciência política, filosófica e religiosa, e ter meios ou capacidade de expressar essa consciência, superando este novo pensamento da indivisibilidade dos direitos fundamentais o pensamento liberal clássico. Portanto, os direitos sociais aparecem como mecanismo de realização dos direitos individuais de toda a população. Percebe-se desde o início que, embora os direitos individuais e sociais sejam grupos de direitos com características próprias, não estanques. (MAGALHÃES, 2000, p.46).

Nesse sentido, afirma Bucci (2006), que os direitos sociais típicos do século XX, que surgem nas Constituições mexicana, de 1917, de

Weimar, de 1919, e do Brasil, de 1934, são direitos-meios, ou seja, “direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração.” (2006, p.3). Com efeito, explica a autora, um analfabeto só pode realmente exercer de forma plena o direito à livre manifestação do pensamento se lhe for garantido o direito à educação. Da mesma forma, um sem-teto só pode usufruir do direito à intimidade, previsto na Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 5º, X, caso lhe seja assegurado o direito à moradia, constante do rol de direitos sociais estabelecidos no artigo 6º da Carta de 1988.

Verifica-se, portanto, conforme expõe Bucci (2006), que os direitos sociais, que abrangem os direitos econômicos, sociais e culturais, foram elaborados para garantir que se desfrutem plenamente os chamados direitos de primeira geração. De igual forma, os direitos ao meio ambiente equilibrado, à biodiversidade e o direito ao desenvolvimento

foram concebidos no curso de um processo indefinido de extensão e ampliação dos direitos originalmente postulados como individuais, também em relação aos cidadãos ainda não nascidos, envolvendo cada indivíduo na perspectiva temporal da humanidade, por isso intitulados *direitos transgeracionais*. (BUCCI, 2006, p.3, grifo nosso).

4 EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS – O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

A Constituição brasileira de 1998, observa Barcellos (2008), cuidou das condições materiais de existência dos indivíduos, que constitui pressuposto da sua dignidade humana, que constitui o princípio fundante da ordem jurídica, reservando-lhe espaço considerável em seu texto, além de impor a todos os entes federativos a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados à questão em tela.

Conforme Barcellos,

a consagração da dignidade, e da mesma forma das condições materiais que compõem o seu conteúdo, teve e tem, sobretudo, o propósito de formar um limite à atuação, ou à omissão, dos poderes constituídos, em garantia das minorias e de todo e qualquer indivíduo. Se tudo passa a depender da própria iniciativa desses poderes, perde-se o sentido e a proteção. (BARCELLOS, 2008, p. 224)

Entretanto, conforme afirma Barcellos, um grande número dos enunciados normativos constitucionais apresentados assume a

forma de princípios ou subprincípios, que ostentam a característica da indeterminação, *“maior ou menor, dos efeitos ou fins que pretendem atingir e /ou a multiplicidade dos meios e condutas capazes de realizá-los.”* (2008, p.223). Ainda, para Barcellos (2008), no entanto, a noção de dignidade humana é composta de um núcleo de condições materiais tão fundamental *“que sua existência impõe-se como regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja, se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são.”* (2008, p.226). Lembra Barcellos (2008) que fora desse núcleo, mantém-se a natureza de princípio do enunciado, estabelecendo fins relativamente indeterminados, passíveis de serem atingidos por diversos meios, segundo as escolhas constitucionalmente legítimas do Poder Legislativo e Executivo.

Identifica Barcellos (2008), portanto, a existência de um núcleo mínimo de condições elementares necessárias à existência humana, ou seja, um mínimo existencial, que, se inexistente, restaria violada a dignidade humana, que constitui o fundamento e fim da ordem jurídica, e, ainda, o pressuposto da igualdade real de todas as pessoas da própria democracia.

Ao discorrer sobre a possibilidade de se obter o equilíbrio entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da reserva do possível, ressalta Barcellos (2008) que a meta central da Constituição Federal de 1988 pode ser resumida na promoção do bem estar do homem, tendo como ponto de partida garantir as condições de sua própria dignidade, incluindo a proteção dos direitos individuais e condições materiais mínimas de existência. Definir quais são esses elementos fundamentais da dignidade, ou seja, definir o mínimo existencial, significa estabelecer as prioridades com os gastos públicos. Sendo assim, somente após se atingir esse mínimo existencial é que se poderá discutir, em face dos recursos remanescentes, em que projetos outros se deverá investir.

Conforme Barcellos (2008), uma vez que a Constituição impõe como prioridade do Estado a garantia das condições materiais essenciais à dignidade da pessoa humana, há que se estender essa prioridade para os gastos públicos, *“que deverão ser canalizados prioritariamente para a prestação dos serviços e/ou a entrega de bens necessários a produzir, no mundo dos fatos, a assertiva referida: garantir condições materiais essenciais à dignidade humana”* (2008, p.272), sendo irrelevante, nessa seara, a discussão sobre a reserva do possível.

Por fim, Barcellos, a partir de um exame sistemático da Constituição Federal, identifica quatro elementos que compõem o mínimo existencial, quais sejam: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.

5 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle das políticas públicas pelo Judiciário tem sido o alvo das atenções dos juristas, voltados para o estudo do direito. Ao diferenciarmos, linhas atrás, os atos políticos dos atos administrativos, ficou claro que o modelo jurídico de controle desses últimos pelo Judiciário não se aplica aos primeiros.

Com efeito, considerando que a política pública, conforme Bucci (2006), constitui a expressão de um programa de ação governamental, dispondo sobre os meios de atuação do Poder Público, com acentuada discricionariedade administrativa, em face da legitimidade da investidura do governante no poder, é possível falar em controle pelo Poder Judiciário de políticas públicas sem o risco de se ver comprometida toda a estrutura do Estado de Direito, em face da separação dos poderes?

Afirma Carvalho (2008) que classicamente se entendia que os atos políticos estariam fora dos limites do controle judicial, tendo em vista a maior discricionariedade reconhecida aos agentes responsáveis pela sua prática. Assinala a autora que

o fato de o seu fundamento encontrar-se na Constituição, reconhecendo às autoridades o exame político das conveniências públicas, terminava excluindo os atos de governo da apreciação do Judiciário, quer na hipótese em que eram praticados, quer na hipótese em que o Poder Público se omite no tocante à sua realização (CARVALHO, 2008, p. 591).

De acordo com Di Pietro (2008a), costuma-se dizer que os atos provenientes do exercício da função política não são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário. Observa a autora que o artigo 68, da Constituição de 1934 e o artigo 94, da Constituição de 1937, estabeleciam que as questões exclusivamente políticas não se submetiam à apreciação do Poder Judiciário, silenciando-se a esse respeito as Constituições posteriores. Considera, no entanto, a ilustre autora que a vedação persiste, *“desde que se consideram como questões exclusivamente políticas aquelas que, dizendo respeito à polis, não afetam direitos subjetivos.”* (DI PIETRO, 2008a, p.51). Ressalta, entretanto, que se houver lesão a direitos individuais, e aos chamados interesses difusos, protegidos pela via da ação popular e da ação civil pública, ao Poder Judiciário competirá apreciar o ato governamental (DI PIETRO, 2008a, p.51).

Contudo, para Carvalho (2008), não apenas as políticas públicas, mas também todas as decisões de governo submetem-se à exigência de juridicidade, impondo-lhes o conjunto das normas dispostas na

Constituição e que incidem sobre o ato político em tese. Observa, no entanto, em que pese aos atos de governo encontrar limitações na Constituição e terem como objetivo executar diretamente a Constituição, tal fato não impede o reconhecimento de ampla margem de discricionariedade política outorgada ao governo quando da sua prática, ressaltando, porém, que referida discricionariedade ostenta contornos fixados diretamente na Constituição.

Todavia, esclarece Carvalho (2008), admitir essa plasticidade política aos atos de governo, reconhecendo-os como uma categoria autônoma, não os torna imunes ao controle efetivo de juridicidade, constituindo direito subjetivo público de todo cidadão a juridicidade desses atos. Com efeito, ao ato político destoante com a Constituição impõe-se o controle jurisdicional cabível (CARVALHO, 2008).

Para Carvalho (2008), a consagração constitucional da independência dos poderes não impede o cumprimento da função primordial do Judiciário, *“nem exclui o dever dos órgãos dos demais Poderes cumprirem as normas constitucionais, quando do exercício de qualquer das funções do Estado.”* (CARVALHO, 2008, p. 596).

Observa Carvalho, com muita propriedade, que há que se ter cuidado ao se afirmar a possibilidade de se controlar os atos políticos em face dos limites impostos pela Constituição e, ao mesmo tempo, respeitar os limites da discricionariedade política, concedida aos responsáveis pela função de governo. Nas palavras de Carvalho (2008, p.596),

o Judiciário não pode tomar para si toda a atividade governamental, desde a formatação de uma política pública até a sua implementação, incluindo-se atos de natureza internacional e até mesmo relação entre órgãos de diversos Poderes. Fazer cair a regra da imunidade de controle dos atos políticos não é mesmo de transferir para o Judiciário a integralidade da competência para sua prática. Em outras palavras: reconhecer a legitimidade da tutela jurisdicional das normas da Constituição sobre um ato de governo é coisa diversa de extinguir a discricionariedade política reservada ao Governo e de recusar os próprios limites da competência constitucional.

Conforme Carvalho (2008), portanto, compete ao Judiciário verificar a subsunção dos atos políticos à Constituição, com fundamento, inclusive, no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. O que não significa reconhecer ao Judiciário competência para invadir o âmago da discricionariedade política própria do ato de governo. O controle do ato político reconhecido ao Judiciário diz respeito à proporcionalidade, à eficiência e à boa-fé objetiva desse ato, uma vez que

se trata de princípios constitucionais integrantes do sistema jurídico, que não podem ser desconsiderados pelo Governo. Entretanto, não se insere entre as competências do Judiciário o remanejamento do mérito político, que constitui o núcleo de liberdade governamental, sob pena de se abalar o equilíbrio dos poderes. (CARVALHO, 2008).

Sob o olhar de Bucci (2006), é inquestionável o controle jurisdicional das políticas públicas tendo em vista o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que consigna, expressamente, *“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. Esse dispositivo constitucional tem como foco a proteção ao Sendo assim, afirma Bucci (2006), compete ao Poder Judiciário tutelar as políticas públicas por expressarem direitos, excluindo-se do campo desse controle *“os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública.”* (2006, p.31).

Jorge Netto defende o controle das políticas públicas pelo Judiciário, em face das novas funções assumidas por esse Poder, chamado a potencializar a representatividade democrática através do debate, da constante prestação de contas, constituindo o canal que permite a aproximação do povo dos poderes que o representam. Salienta o autor que não compete ao Judiciário dar soluções prontas, devendo sim promover e construir as soluções em conjunto com as partes, poderes públicos e representantes da sociedade, tornando obrigatória que a solução seja efetivamente construída. Dessa forma, o processo judicial funcionará, então, como a arena onde se desenvolverá o discurso racional democrático e, esse espaço, estará inserido e não poderá desconsiderar uma esfera mais ampla, a esfera onde se desenrolam os discursos racionais de todas as demais decisões judiciais em todos os graus de jurisdição. (JORGE NETO, 2008, p.167)

Jorge Neto (2008) ressalta, no entanto, que a compreensão da decisão judicial como resultado de um discurso racional democrático não lhe confere poder absoluto, encontrando limitações em face das possibilidades materiais do poder público e decorrentes dos instrumentos processuais disponíveis. Esses limites, sintetizados pelo autor, são a reserva de consistência, reserva do possível e discricionariedade de meios. Pela reserva de consistência, que constitui o primeiro momento do controle, as políticas públicas somente se submeterão ao controle jurisdicional quando o Judiciário puder afirmar, de forma consistente, a ocorrência de violação aos direitos fundamentais (JORGE NETO, 2008). No segundo momento do controle judicial das políticas públicas deve o julgado observar os aspectos atinentes à reserva do possível,

que dizem respeito às possibilidades materiais do órgão público, respeitando a discricionariedade de meios, que significa dizer que *“muito embora possa determinar o que é racionalmente exigível do poder público para a cessação da ofensa aos direitos fundamentais, não poderá determinar como o poder público se desincumbirá da tarefa.”* (JORGE NETO, 2008, 166).

No que diz respeito às limitações referentes aos instrumentos processuais disponíveis, Jorge Neto ressalta que elas devem ser afastadas pelo Poder Judiciário visando à concretização do amplo acesso à jurisdição e o princípio democrático. Com efeito, a possibilidade de proteção dos direitos, em face do amplo acesso à jurisdição, não depende da existência de instrumentos processuais específicos ou de uma legislação infraconstitucional, mas sim da própria existência desses direitos. (JORGE NETO, 2008).

Por outro lado, tratando-se do princípio democrático, deve-se reconhecer ampla participação popular na condução dos negócios do Estado, não se podendo limitar através de normas infraconstitucionais, a legitimação para a defesa dos direitos difusos e coletivos (JORGE NETO, 2008).

7 CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto acima podemos concluir que a função política, que constitui um processo visando à escolha de prioridades, definindo os interesses públicos e submetida aos limites impostos pela Constituição, não pode ser excluída do controle judicial, essencialmente no tocante à efetivação dos direitos sociais.

Esse controle encontra-se fundamentado nos seguintes aspectos:

- O princípio da separação dos poderes não é absoluto, uma vez que é a própria Constituição Federal que prevê os mecanismos de controle de um poder pelo outro como importante instrumento de equilíbrio entre os poderes;
- O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, prevê o amplo acesso ao Judiciário na defesa dos direitos. Os direitos fundamentais encontram-se normatizados pela Constituição, sendo que os direitos sociais, nos termos da Constituição Federal, constituem dever do Estado, e visam à efetivação dos direitos individuais arrolados no artigo 5º, como restou demonstrado linhas atrás. Sendo assim, em se tratando de políticas públicas que afetem direitos fundamentais, em face do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, submetem-se ao controle do Poder Judiciário;

- Trilhando o raciocínio de Jorge Netto, tem-se que a decisão judicial representa uma construção dialética entre as partes conflitantes. Tal entendimento afasta o discurso referente à ilegitimidade do Poder Judiciário para exercer o controle das políticas públicas, em um regime democrático de direito, sob o argumento de que seus membros não são eleitos pela vontade popular.

Com efeito, se é verdade que a função política se submete ao regramento constitucional, se os direitos sociais encontram-se normatizados pela Constituição Federal, que os arrola entre as competências do Estado, a omissão desse Estado no tocante à efetivação desses direitos representa uma verdadeira ameaça ou lesão a direito, submetida, por conseguinte, na forma prevista constitucionalmente, ao controle jurisdicional.

É preciso, no entanto, definir os limites desse controle, visando ao equilíbrio dos princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e da separação dos poderes, respeitando-se a discricionariedade política, sob pena de deixar ir por terra toda a estrutura do Estado Democrático.

Não se pode conceber que o Judiciário assuma toda a atividade governamental, desde a formação das políticas públicas até a sua implantação, como observado por Carvalho. Ao Judiciário, que detém a competência constitucional para reprimir ameaça ou lesão a direito, incumbe controlar os atos políticos no que diz respeito ao cumprimento dos comandos constitucionais impostos ao governo, não lhe cabendo discutir as soluções políticas adotadas através dos atos políticos.

No entanto, se essas opções políticas não asseguram a efetivação dos direitos sociais ou, se o Estado se omite em relação as suas competências nessa seara, não há que se argumentar que se trata de espaço reservado à discricionariedade política, imune a qualquer tipo de controle, uma vez que se trata de ofensa a um direito constitucional, não podendo o Poder Judiciário, desde que provocado, deixar de exercer a função que lhe é reconhecida pela Constituição Federal.

Discussões acerca dos limites materiais do Estado, que se consubstanciam na chamada cláusula da reserva do possível, não excluem o dever do Estado no tocante à efetivação dos direitos sociais, nem afasta o controle jurisdicional a respeito da implantação desses direitos. Mas constituem fator importante que deve ser analisada pelo Judiciário. Com efeito, as decisões judiciais não podem se afastar do que é razoável, necessário, suficiente e adequado à situação concreta imposta no caso real, sob pena de se tornar impossível o seu cumprimento, com prejuízo para ambas as partes.

Se o ideal não é possível no momento, há que construir uma decisão que atenda às necessidades da sociedade e aos limites do

Estado, acatando-se, assim, os princípios de um Estado que pretenda ser democrático de direito.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Maria Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de Direito Administrativo*. Bahia: Jus PODIVM, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S.A., 2008a.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2008b.

FAGUNDES, M. Seabra; BENENBOJM, Gustavo (atualizador). *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais*. Bahia: JusPODIVM, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional – Tomo I*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

A FAZENDA PÚBLICA NO PÓLO ATIVO: ALCANCE DO ART. 37, § 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Luciane Maria Silveira

*Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.
Pós-graduanda em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-MINAS)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da supremacia do interesse público: um novo enfoque; 2 Do Princípio da Segurança Jurídica frente à Imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º da CR/88; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Em se tratando do tema “Fazenda Pública em Juízo”, nada mais comum que imaginá-la na condição de Ré, sendo certo que, nessa condição, o Direito Administrativo é farto em doutrina e jurisprudência, não cabendo mais quase nenhuma discussão nova no mundo jurídico. Todavia, ao mudar o foco da questão e visualizar a Fazenda Pública no pólo ativo, enquanto Autora de ações, principalmente as de natureza não-tributária, muitas questões novas se apresentam, fundamentalmente no que tange ao tópico da prescritibilidade que atinge (ou não) o Ente Público, face às características especiais que o distinguem de um litigante comum.

PALAVRAS-CHAVES: Fazenda Pública- Pólo Ativo- Prescrição- Ação não-tributária

ABSTRACT: As to the subject “Public Treasury in Court”, it is very common to conceive it in the condition of accused entity and it is a fact that, so, the Administrative Law is satiated of doctrine and jurisprudence, being almost inconceivable to introduce a new discussion about it in the judicial world. However, when the focus of the question is changed, taking the plaintiff in a lawsuit, as author of actions, especially those of non-tributary nature, many new questions arise, fundamentally concerning the prescriptibility that affects (or not) the Public Entity, due to the special characteristics that distinguish it from ordinary litigants.

KEYWORDS: Public Treasury. Plaintiff in a lawsuit. Prescription. Non-tributary Action.

INTRODUÇÃO

Invariavelmente, ao se falar em Fazenda Pública no pólo ativo de processos judiciais, logo vêm à mente as execuções fiscais que tramitam, aos quilos, perante os tribunais. Todavia, pouca importância se dá à atuação dos Entes Públicos na autoria de ações de natureza não-tributária, nas quais também se visa à recomposição do erário, porém não por meio da arrecadação de tributos, mas pela cobrança de diversos outros tipos de dívidas.

Em face da menor importância que se dá a esse tipo de atuação pró-ativa da Fazenda Pública, as peculiaridades atinentes às questões processuais que envolvem o tema também são pouco discutidas. Exemplo disso é a prescrição a que estaria ou não sujeita a Administração Pública quanto à cobrança de seus créditos não-tributários, principalmente em face do comando constitucional contido no art. 37, § 5º da Constituição de 1988. Qual seria o alcance desse dispositivo? A imprescritibilidade nele expressa é regra absoluta ou pode ser relativizada? É exatamente essa a pergunta que se tentará responder no decorrer deste estudo.

1 DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: UM NOVO ENFOQUE

Até bem pouco tempo, ao se falar em Estado Democrático de Direito, algo parecia não ser passível de discussão: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Nesse sentido, a respeitada posição do publicista Celso Antônio Bandeira de Mello:¹

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

Na mesma trilha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que os interesses públicos têm supremacia sobre os interesses individuais e que o Estado, como guardião desse interesse público, não pode ceder ao interesse individual, sob pena de se desviar da finalidade pública prevista

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 29.

na lei e incorrer em desvio de poder ou de finalidade (DI PIETRO, 2002, p. 69-70).

A mencionada supremacia do interesse público sobre o privado é tema comum na maioria esmagadora das obras que versam sobre Direito Administrativo, valendo citar os comentários de José dos Santos Carvalho Filho sobre o tema:²

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado em 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. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade. 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 caracterizar-se como o *Welfare State* (Estado/bem-estar), dedicado a atender o interesse público. Logicamente, as relações sociais vão 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.

Contudo, em que pese parecer absoluta a primazia do interesse público em detrimento do interesse privado, não é mais possível tratar o tema com os olhos fechados às mais modernas discussões travadas sobre o assunto, sob pena de se dar as costas aos anseios da sociedade atual e de se engessar o entendimento de uma questão crucial, no que tange às relações entre Estado e indivíduo.

Nessa linha, interessante o posicionamento esposado pela mais atualizada doutrina que divide o interesse público em *primário e secundário*, sendo o primeiro o escopo do Estado, ou seja, sua função precípua de implantação e preservação da justiça, da segurança e do bem-estar social, e, o segundo, o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estado-membro, Município, suas autarquias e fundações).

Ao se levar em conta essa distinção, a questão da primazia do interesse público sobre o particular pode ser pensada de maneira mais

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 19.

racional e adequada à realidade de nossa sociedade, pois, considerando-se o interesse público primário, evidente se apresenta sua superioridade em relação ao interesse privado; todavia, se o que está em jogo é o interesse público tido por secundário, não se pode lhe dar posição de preponderância absoluta sobre o interesse particular. Nesse sentido, a exímia explicação de Luís Roberto Barroso de que “se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação adequada, à vista dos elementos normativos e fáticos para o caso concreto”.³

Assim, o que gera discussões mais relevantes é exatamente a contraposição de interesses privados e interesses públicos secundários, os quais são objetos de milhares de processos que tramitam em todas as esferas do Judiciário e que, por disposição constitucional, são defendidos pela Advocacia Pública, e não mais pelo Ministério Público que, *a priori*, tornou-se o defensor, por excelência, do interesse público primário.

Como bem salientado por Gustavo Binenbojm, é exatamente no momento de analisar o choque entre esses interesses que há que se fazer “juízo de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses *metaindividuais* constitucionalmente consagrados”.⁴

De bom alvitre, contudo, enfatizar a peculiaridade da Fazenda Pública que, mesmo na defesa do dito interesse público secundário, não pode ser confundida com um ente privado. Nesse ponto, a respeitável explanação de Leonardo José Carneiro da Cunha:⁵

Diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo a mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública. Daí ter se tornado jargão próprio a afirmativa de que o Estado são todos, e não um ente destacado com vida própria.

Assim, verifica-se que, no momento de sopesar o que deve prevalecer, no caso concreto, é preciso que o aplicador do direito tenha

3 SARMENTO, Daniel; ARAGÃO, Alexandre Santos de; BINENBOJM, Gustavo *et al.* (Orgs.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. XV.

4 BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel; ARAGÃO, Alexandre Santos de; BINENBOJM, Gustavo *et al.* (Orgs.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.128.

5 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 29.

muito cuidado para não pender em demasia para um lado, nem para o outro. Ou seja, nem colocar o interesse público, sempre e sem restrições, acima dos interesses privados, nem considerar que a Fazenda Pública se encontra em pé de igualdade com qualquer particular, podendo ser tratada como uma parte comum dentro do processo.

2 DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À IMPRESCRITIBILIDADE PREVISTA NO ART. 37, § 5º DA CR/88

Afora as necessárias e justificadas prerrogativas processuais que a Fazenda Pública possui para atuar em juízo, um tema que ganha relevância, nesse contexto, é a observância do princípio da segurança jurídica, que visa a preservar o cidadão, em oposição à inegável necessidade de se preservar os cofres públicos, dentre outras formas, com a cobrança expedita e resoluta do que foi indevidamente retirado do erário.

Oportuno salientar que não se está tratando, aqui, dos créditos de natureza tributária, pois, nessa seara, as discussões sobre a atuação da Fazenda Pública em relação a seus créditos são praticamente inexistentes, haja vista que a Lei 6.830/80 e o Código Tributário Nacional disciplinam, com bastante minúcia, o tema. Todavia, quanto aos créditos de *natureza não-tributária*, cuja regulação, principalmente no que tange ao aspecto decadencial/prescricional, não se encontra em lei específica, é comum sejam suscitadas dúvidas quanto à aplicabilidade do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88):

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento (CR/88).

Antes de prosseguirmos, importante analisar o Princípio da Segurança Jurídica que, juntamente com o Direito Adquirido, a Coisa Julgada e o Ato Jurídico Perfeito, apresenta-se como primado para a regulação de todo o Ordenamento Jurídico brasileiro.

No texto constitucional de 1988 há referência à segurança jurídica em diversos pontos, a começar pelo preâmbulo que dispõe estar a República Federativa do Brasil destinada a garantir, entre outros, a segurança.

Como não poderia deixar de ser, logo no *caput* do art. 5ª da CR/88 há disposição expressa no sentido de que todos são iguais perante a lei, garantindo-se, aos brasileiros e estrangeiros, residentes no país, a inviolabilidade do direito à segurança.

Nesse contexto, a prescrição exsurge como uma das formas mais comuns que o legislador encontrou para viabilizar a aplicação efetiva do princípio da segurança jurídica. Essas as palavras de Irineu Paz de Lima a respeito:⁶

Na busca da preservação dos valores jurídicos e da paz social, emerge com enorme importância o instituto da prescrição, como meio de impedir que controvérsias jurídicas entre o Estado e os particulares, e/ou seus agentes, fiquem para sempre em aberto. Assim, tem-se na estabilização das relações jurídicas entre os administrados e o Poder Público, e entre este e os seus servidores, a justificativa da necessidade da existência do Instituto da Prescrição no Direito Administrativo, mais conhecida na doutrina como Prescrição Administrativa, com vistas à manutenção da segurança jurídica na realização dos atos que os envolvam.

E, nos dizeres de Dênerson Dias Rosa:⁷

As normas existem no intuito de possibilitarem uma efetiva convivência entre seres humanos, mas também para assegurar ‘segurança jurídica’ a esses mesmos humanos, ou seja, o arcabouço legal, disciplinando as relações humanas, visa também possibilitar uma certa previsibilidade em relação a circunstâncias futuras, nisto consistindo a ‘segurança jurídica’. Abarcado pelo conceito de ‘segurança jurídica’ está também o instituto da prescrição, e a ausência de prazo prescricional é tema de tal excepcionalidade no Direito Pátrio, que é tratada tão-somente em âmbito constitucional.

Note-se que os dois pontos básicos aqui analisados têm respaldo constitucional (a segurança jurídica, de um lado, e a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, de outro). Assim, como seria possível a resolução desse aparente conflito?

6 LIMA, Irineu Paz de. A prescrição no direito administrativo. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal*. Edição especial, 1996. p.183-187 *apud* SILVEIRA, Júlio César da Costa. *Da Prescrição Administrativa e o Princípio da Segurança Jurídica: Significado e Sentido*. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. 2005. Tese. (Doutorado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2005. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2002/1/tese.PDF>>. Acesso em: 02 set. 2008. p. 91.

7 ROSA, Dênerson Dias. *Da Impossibilidade de Suspensão do Prazo Prescricional nas Execuções de Débitos Tributários*. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=75>>. Acesso em: 31 jul. 2008.

Retomando a idéia citada no início deste estudo, no sentido de que não é mais possível conferir supremacia inquestionável a aquilo que se intitula “direito público secundário”, entende-se que o art. 37, § 5º, da Constituição de 1988 deve ser compreendido de forma restritiva.

Em que pesem opiniões diversas, como a de Luiz Manoel Gomes Junior, que afirma que, “diante do disposto no § 5º do art. 37 da CR/88, não há prazo prescricional para qualquer tipo de ação, inclusive a ação popular, que tenha como finalidade obter o ressarcimento por danos causados ao erário”,⁸ nossa posição é na direção de que o referido dispositivo deve ser interpretado levando-se em conta apenas o âmbito da Administração Pública, ou seja, a imprescritibilidade das ações de cobrança para ressarcimento do erário somente se aplica quando o dano ao erário for causado por *agente público*, seja ele servidor ou não.

Assim, não seria razoável entender como agente toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que, eventualmente, tenha causado algum dano ao erário. Se assim fosse, a insegurança jurídica estaria instalada, com a consequente, demasiada e injustificada valoração do interesse público secundário, em detrimento do interesse privado.

Parece-nos muito mais acertada e razoável a interpretação de que a Constituição de 1988, ao tratar do ressarcimento ao erário, dentro do Capítulo VII, destinado à Administração Pública, tenha se referido a AGENTE como sinônimo de AGENTE PÚBLICO, incluindo-se, nesse conceito, os servidores, os agentes políticos, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público. Estes últimos, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são os delegatários do Poder Público (concessionários, permissionários, notários, entre outros), os que são requisitados, nomeados ou designados para o exercício de funções públicas relevantes, como se dá com os jurados, os convocados para prestarem serviço militar ou eleitoral, e, finalmente, os gestores de negócio que assumem, espontaneamente, alguma função pública, em caso de emergência.⁹

Desse modo, são imprescritíveis apenas as ações contra agentes públicos que tenham causado dano ao erário, como, por exemplo, nos casos de *improbidade administrativa*. Sobre esse tema, são esclarecedoras as palavras de Francisco Octavio de Almeida Prado:¹⁰

8 GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Ação popular, Prescrição e a Regra do art. 37, § 5 da CFF/1988. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 731.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 431.

10 PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 211.

Verifica-se, portanto, que existe um princípio constitucional da prescritibilidade dos ilícitos administrativos que só não alcança as ações de ressarcimento, ou seja, aquelas em que se postula a reparação de dano causado ao erário – que foram consideradas imprescritíveis. Essa imprescritibilidade, no entanto, é excepcional, já que a prescritibilidade é um princípio geral do Direito. Bem a propósito a observação de José Afonso da Silva ao abordar a exceção consagrada pelo § 5º do art. 37 da Constituição Federal: *‘É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (‘dormientibus non succurrit ius’). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada’*. Considerando-se que a prescritibilidade dos ilícitos constitui a regra, entendemos que – excetuadas, obviamente, as ações de ressarcimento – todas as infrações configuradas de improbidade administrativa devem ser alcançadas pela prescrição, seja quem for seu sujeito ativo ou o colaborador, que responde pelo ilícito ao lado do *agente público*.

Diante disso, as ações de ressarcimento propostas pela Fazenda Pública contra pessoas físicas ou jurídicas que *não se enquadrem no conceito de agente público* devem, sim, seguir a regra da prescritibilidade, cabendo definir apenas qual seria o prazo prescricional a ser aplicado nesses casos.

Como sobredito, aos créditos tributários aplica-se a regra expressamente regulada pelo art. 174 do Código Tributário Nacional, o que não vale para os créditos de natureza não-tributária, para os quais são aplicáveis os prazos prescricionais de créditos em geral, estabelecidos pela lei civil, por ausência de prazo especial.

Esse é o raciocínio mais adequado, descartando-se, também, a possibilidade de ser usado, analogicamente, para os casos em que a Administração Pública figura no pólo ativo da relação processual, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, definido pelo Decreto nº 20.910/32, que é específico para o tratamento das *dívidas passivas* da Fazenda Pública.

Assim, nas ações de regresso a serem ajuizadas pela Fazenda Pública em desfavor de pessoas (físicas ou jurídicas) que não se encaixem no conceito de agentes públicos, devem prevalecer os prazos previstos no Código Civil, sendo o prazo geral, atualmente, fixado em 10 (dez) anos, observando-se, quanto aos créditos relativos ao período anterior à vigência do Código Civil de 2002, o prazo de 20 (vinte) anos, previsto no Código de 1916, se já houver transcorrido mais da metade do prazo (dez anos), conforme a regra do art. 2028 do atual Código, que regula a aplicação intertemporal do prazo revogado.

Vale destacar, no entanto, o princípio da *Actio Nata*, pelo qual só se inicia a contagem do prazo prescricional quando se tem ciência inequívoca da lesão, daí nascendo o direito à ação, o que também vale para a Fazenda Pública, que não pode ser penalizada com o começo da contagem do prazo prescricional antes de ser constatado o efetivo prejuízo aos cofres públicos. É a partir da ciência do dano que nasce uma das condições da ação, que é o interesse de agir.

Para ilustrar esse ponto, vale a transcrição das palavras de José Affonso Dallegrave Neto sobre o assunto, as quais, apesar de enfocarem questões próprias do Direito do Trabalho, esclarecem bastante o que vem a ser o princípio da *Actio Nata*:¹¹

O marco prescricional no caso de dano pós-contratual desloca-se daquele previsto na regra geral do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal – *dois anos após o desligamento* – iniciando-se a partir do momento em que a ação judicial torna-se exercitável (*actio nata*), qual seja da data em que a lesão ocorrida torna-se exigível, o que geralmente se dá a partir da realização do ato ilícito ou de sua ciência por parte da vítima. [...] Com efeito, haverá casos em que a *actio nata* dependerá da decisão incidente sobre fato anterior, essencial e condicional, iniciando-se o prazo prescricional a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença.

Nessa esteira, farta a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a exemplo do entendimento esposado no julgamento do Recurso Especial nº 816.131/SP, em 27 de março de 2007:

PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. DESISTÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DA EFETIVA CONSTATAÇÃO DO DANO. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. 1. Em nosso sistema, o prazo prescricional está submetido ao princípio da *actio nata*, segundo o qual a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão ou da ação. 2. No caso concreto, a ciência inequívoca da violação do direito se deu com a homologação da desistência pelo Poder Público, vez que, neste momento, o demandante constatou que a desapropriação não se concretizaria e não viria a receber a indenização devida, mesmo já tendo sofrido prejuízos. 3. Recurso especial a que se nega provimento.

11 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2008. p.118-119.

3 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto neste pequeno estudo, vê-se que a Fazenda Pública, apesar de merecer especial privilégio e atenção dentro do Ordenamento Jurídico pátrio, por representar os interesses de toda uma coletividade, não pode se valer, indiscriminadamente, da imprescritibilidade, na propositura de ações de ressarcimento aos cofres públicos, sendo cabível essa prerrogativa somente quando se tratar de regresso contra agente público causador de dano e aplicável a prescrição do Código Civil nos casos de ações contra pessoas (físicas ou jurídicas) que não se ajustam à definição de agente público, mas que também lesarem o erário, iniciando-se a contagem do prazo prescricional, evidentemente, somente após a efetiva constatação do dano. Esta é a interpretação mais consentânea com a atual visão do Direito Público e, conseqüentemente, com os anseios da sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel; ARAGÃO, Alexandre Santos de; BINENBOJM, Gustavo *et al.* (Orgs.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.VII-XVIII.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel; ARAGÃO, Alexandre Santos de; BINENBOJM, Gustavo *et al.* (Orgs.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.117-169.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/11/2002/10406.htm>>. Acesso em: 02 set. 2008.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/confaz/Confaz/diversos/CTN.htm>>. Acesso em: 02 set. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/22/consti.htm>>.

Acesso em: 02 set. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Brasília. Recurso Especial nº 816.131/SP - 2006/0019831-6 - Julgado em 27/03/07. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=816131&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em: 02 set. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Processo e Constituição*: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Ação popular, Prescrição e a Regra do art. 37, § 5 da CFF/1988. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Processo e Constituição*: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 724-731.

LIMA, Irineu Paz de. A prescrição no direito administrativo. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal*. edição especial, 1996. p.183-187 *apud* SILVEIRA, Júlio César da Costa. *Da Prescrição Administrativa e o Princípio da Segurança Jurídica*: Significado e Sentido. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. 2005. Tese. (Doutorado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2005. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2002/1/tese.PDF>>. Acesso em: 02 set. 2008.

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

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROSA, Dênerson Dias. *Da Impossibilidade de Suspensão do Prazo Prescricional nas Execuções de Débitos Tributários*. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=75>>. Acesso em: 31 jul. 2008.

SARMENTO, Daniel; ARAGÃO, Alexandre Santos de; BINENBOJM, Gustavo *et al.* (Orgs.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Júlio César da Costa. *Da Prescrição Administrativa e o Princípio da Segurança Jurídica: Significado e Sentido*. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. 2005. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2005. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2002/1/tese.PDF>>. Acesso em: 02 set. 2008.

SOUTO, João Carlos. *A União Federal em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO: REPENSANDO UM ANTIGO PROBLEMA

Luciano Medeiros de Andrade Bicalho

*Advogado da União, mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de
Minas Gerais, pós-graduado em Direito Público, pela
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teorias negativas; 2 Teorias positivas; 2.1 Critério da jurisdição; 2.2 Critério da forma e formalidades; 2.3 Critério da natureza jurídica das partes; 2.4 Critério do fim de utilidade pública; 2.5 Critério do objeto de serviço público; 2.6 Critério da relação de direito público; 2.7 Critério do regime jurídico; 2.8 Critério estatutário; 2.9 Critério dos atos de gestão e de império; 2.10 Critério das cláusulas exorbitantes; 3 Teoria dos contratos administrativos à luz do regime jurídico administrativo; 4 Conclusão.

RESUMO: A sistematização que se tem dado aos contratos celebrados pelo Estado repousa sob o fundamento da distinção de natureza entre contratos de direito privado e os contratos administrativos. A distinção, contudo, tem levantado infundáveis controvérsias, diante das inúmeras teorias que se propuseram a eleger os elementos que tornariam o contrato administrativo uma categoria jurídica própria, distinta da categoria dos contratos firmados entre particulares. O presente estudo tem por objetivo sistematizar essas inúmeras teorias, e, diante da sistematização dessas teorias, elaborar uma análise crítica sobre a natureza jurídica dos contratos administrativos. Procurar-se-á demonstrar que esta distinção que a doutrina quer mostrar não passa de um equívoco histórico, a que o legislador ordinário que elaborou a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) não conseguiu se furtar.

PALAVRAS-CHAVE: Administrativo. Contratos administrativos. Contratos de Direito Privado. Direito Comparado.

ABSTRACT: The systematization that has been given to contracts subscribed by the State rests under in kind distinction between private law contracts and administrative contracts. The distinction, however, has raised endless controversy, given the numerous theories that have proposed to choose the elements that would make the administrative contract a legal category of its own, distinct from the category of contracts between individuals. This study aims at systematizing these numerous theories, and, in the presence of the systematization of these theories, developing a critical analysis of the legal nature of administrative contracts. Search will demonstrate that this distinction that doctrine wants to show is merely a historical mistake, which the ordinary legislator who made the General Bidding Law (Law 8.666/93) was unable to escape.

KEYWORDS: Administrative Law. Administrative Contracts. Contracts of Private Law. Comparative Law.

INTRODUÇÃO

Grande confusão tem gerado a discussão sobre a existência do contrato administrativo como categoria jurídica própria, distinta da categoria dos contratos firmados entre particulares, e distinta, ainda, dos contratos de direito privado celebrados pela Administração.

Gabino Fraga (1977, p. 425) observa que o critério é dos mais discutidos e imprecisos, pois varia, na doutrina, desde a equiparação substancial destas classes de contrato, reconhecendo-se apenas diferenças de caráter formal, até a negativa de que o contrato administrativo seja verdadeiramente um contrato.

No Brasil, ao revés, a discussão doutrinária não encontra maior fecundidade, escondendo-se por detrás da aparente calma um turbilhão de incongruências, expostas a seguir. Vejamos.

Para Di Pietro (2007, p. 245), por exemplo, o contrato administrativo é caracterizado pela finalidade de utilidade pública diretamente resultante de seu objeto. Quando não há uma finalidade de utilidade pública a ser diretamente resguardada através do contrato, a Administração celebra contratos de direito privado, em posição de igualdade com o particular. Ao contrário, em algumas hipóteses, o contrato celebrado pela Administração tem por objeto a tutela imediata de um interesse público, razão pela qual à Administração são concedidas prerrogativas e privilégios especiais, em detrimento do particular contratado.

O contrato administrativo se distingue, portanto, de acordo com Di Pietro (ob. cit. p. 245), pela existência de prerrogativas extraordinárias em favor da Administração. Quanto às sujeições impostas à Administração, não se diferem os contratos de direito privado e os administrativos; todos eles obedecem às mesmas exigências de forma, de procedimento, de competência e de finalidade.

Posição similar à de Marcos Juruena Villela Souto (2004, p. 277), para quem os contratos de direito privado celebrados pela Administração são aqueles em que a Administração se sujeita ao regime de direito privado, em igualdade de condições com o particular, embora observando certas formalidades inerentes ao controle.

Dessa forma, os contratos de direito privado se diferenciam dos administrativos pelas distintas prerrogativas outorgadas à Administração. Em relação às sujeições impostas, não há distinção entre as espécies: em todo e qualquer contrato celebrado pela Administração, aplicam-se as sujeições decorrentes do regime jurídico administrativo.

Lucas Rocha Furtado (2007, p. 438) explica que o interesse público que o contrato administrativo visa alcançar justifica a inserção

de determinadas cláusulas que conferem à Administração posição de superioridade perante o particular.

Para Edmur Ferreira de Faria (2004, 273), a posição de superioridade da Administração consiste basicamente no poder que lhe é atribuído de modificar unilateralmente as demais cláusulas do contrato, para melhor adequá-las à finalidade de interesse público.

De acordo com Bandeira de Mello (2006, p. 578), a superioridade se exprime, fundamentalmente, pela possibilidade de a Administração instabilizar o vínculo, alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante, ou mesmo extinguindo unilateralmente o contrato – ambas as formas de instabilização se constituem um direito da Administração.

Coelho Motta (2005, 473) acredita que essa prerrogativa da Administração é o elemento que define o regime jurídico do contrato administrativo.

Fiorini (1968, p. 420), contudo, adverte que a existência de cláusulas exorbitantes é a consequência, não causa deste regime. Por essa razão, há de se verificar qual o regime jurídico aplicável ao contrato.

Assim, dentro da linha de raciocínio exposta pela doutrina nacional, privados seriam os contratos que se submetem às regras de Direito Privado, e, públicos, os que dependem de regras de Direito Público (FARIA, 2004 p. 268). Melhor dizendo, contratos de direito privado seriam regidos pelo Código Civil e demais normas de direito privado; e os contratos de direito público, pela Lei nº 8.666/93 e demais normas de direito público.

Em consequência, Di Pietro (2007, p. 245) considera contratos de direito privado a compra e venda, a doação e o comodato.

Já os contratos administrativos seriam aqueles, de acordo com Mauro Roberto Gomes de Mattos (2001, p. 72), sem similares no direito privado, a exemplo da concessão de serviço público, contrato de obra pública e uso de bem público.

A doutrina não se dá conta da perplexidade que gera o raciocínio acima: a Lei nº 8.666/93 estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações dos poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 2º). Vale dizer, o regime jurídico da Lei nº 8.666/93 incide precisamente sobre espécies de contratos disciplinados pela legislação civil: obras (art. 610 a 626 do Código Civil); serviços (art. 593 a 609 do Código Civil); compras (art. 481 a 532 do Código Civil); alienações (art. 481 a 532 do Código Civil); locação (art. 565 a 578 do Código Civil).

Por outro lado, os contratos considerados tipicamente administrativos, a permissão e concessão de serviços públicos e o uso de bem público, estão regulamentados em legislação específica, aplicando-lhes apenas subsidiariamente a Lei nº 8.666/93, conforme disposto no art. 121, parágrafo único, e art. 124 da Lei Geral de Licitações.

Ou seja, adotando-se os pressupostos em que se baseia a doutrina nacional, a Lei nº 8.666/93 regulamentaria diretamente apenas os contratos de direito privado (contratos de empreitada, de prestação de serviços, de compra e venda, de locação) celebrados pela Administração.

Portanto, os critérios tradicionalmente utilizados pela doutrina são inadequados para diferenciar os contratos administrativos dos contratos de direito privado da Administração.

Como se não bastasse, o art. 62, § 3º da Lei nº 8.666/93, expressamente dispõe que se aplicam as prerrogativas previstas no art. 58 aos contratos cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado e aos contratos em que a Administração seja usuária de serviço público.

Ora, se o que caracteriza os contratos administrativos é a existência das cláusulas exorbitantes, previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, e se, por expressa disposição legal (art. 62, § 3º), aplicam-se as prerrogativas previstas no art. 58 a todos os contratos celebrados pela Administração, inclusive àqueles cujo conteúdo seja regido por normas de direito privado, a conclusão que necessariamente se encerra é a seguinte: não há diferença substancial entre contratos administrativos e contratos de direito privado da administração.

Essa a conclusão de Lucas Rocha Furtado:

Se o método de aplicação do Direito é, em relação a qualquer contrato celebrado pela Administração Pública, sempre o mesmo, se o traço mais característico dos contratos administrativos é a presença de cláusulas exorbitantes, e se as cláusulas exorbitantes devem, em razão de expressa determinação legal (Lei nº 8.666/93,

1 O artigo é quase que uma transcrição literal do art. 52, § 3º do Decreto-lei nº 2.300/86, norma que regulamentava as licitações e contratos administrativos anteriormente a edição da Lei nº 8.666/93:

Art. 52 (omissis).

§ 3º - Aplica-se o disposto nos arts. 45, 48, 49, 50, 51 e demais normas gerais, no que couber:

a) aos contratos de seguro, de financiamento, de locação, em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por normas de direito privado;

b) aos contratos em que a União for parte, como usuária de serviço público.

art. 62, § 3º, I), estar presentes em todos os contratos inclusive naqueles cujo conteúdo seja regido pelo Direito privado, todos os contratos celebrados pela Administração Pública são contratos administrativos (FURTADO, 2007, p. 430)

A Lei nº 8.666/93 publicizou, por assim dizer, todos os contratos de compra e venda, aluguel, serviços e obras celebrados pela Administração. De acordo com a doutrina, as cláusulas (exorbitantes), previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, é que conferem identidade ao contrato administrativo, pois sintetizam faculdades inconciliáveis com os princípios do direito privado. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 531).

O art. 62, § 3º da Lei nº 8.666/93 declara que se aplicam além dos preceitos dos arts. 55 e 58 a 61, as demais normas gerais da Lei, no que couber.

Quais seriam essas normas gerais? Que outras normas da Lei nº 8.666/93 se aplicam aos contratos de direito privado da Administração?

Evidentemente, o termo “normas gerais” do art. 62, § 3º não se confunde com o termo “normas gerais”, expresso na norma de competência do art. 22, XXVII da Constituição da República, pois, nos termos da Constituição, todas as normas da Lei nº 8.666/93 são (ou, ao menos, deveriam ser) normas gerais. Caso houvesse identidade entre os termos, todos os artigos da Lei nº 8.666/93 aplicar-se-iam aos contratos de direito privado da Administração.

Como já foi advertido por Gordillo (2003, p. XI-14), os contratos celebrados pela Administração têm todos um regime, em parte, de direito público, mas não de modo uniforme. Há, dessa forma, que se identificar quais elementos dos contratos de Direito Privado da Administração são regidos pelo Direito Privado.

Bandeira de Mello (2006, p. 578) foi um dos poucos que se arriscou a resolver a questão. Para o autor, os contratos de Direito Privado da Administração se regem, tanto em relação ao conteúdo quanto aos efeitos, pelo Direito Privado. Enquanto os contratos de direito privado celebrados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas do Direito Privado, os contratos administrativos submetem-se às regras e princípios do Direito Público.

Essa distinção sofre, contudo, severa crítica de Hely Lopes Meirelles.

Não é o objeto, nem a finalidade ou o interesse público que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do Direito Privado (obra, serviço, compra, alienação,

locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como pressupostos necessários de toda atuação administrativa (MEIRELLES, 2007, p. 196).

No aresto *Société des Granits*, do Conselho de Estado francês, o Comissário de Governo Léon Blum, a pretexto de definir a natureza dos contratos administrativos, declarou a irrelevância do objeto do contrato para sua definição (JÈZE, 1949, P. 328).

Marienhoff (1966, p. 53), contudo, diz que o contrato administrativo se qualifica ou pela inserção de cláusulas exorbitantes ou, ainda, pelo seu objeto, diverso do objeto dos contratos de direito privado. Também para Bielsa (1950, p.172), os contratos administrativos se caracterizam pelo seu conteúdo - a realização imediata de um serviço público, de uma obra pública ou de um fornecimento para um serviço público.

Já para Gaston Jèze (1949, p. 314), o que individualiza o contrato administrativo são os seus efeitos, diversos dos efeitos que irradiam dos contratos civis.

É fácil observar o mar revolto em que se movem as concepções a respeito do elemento distintivo entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado da Administração. Vê-se que todas as observações levantadas acima demonstram cabalmente a insuficiência das teorias expostas sobre a matéria.

É necessário revisitar as diversas teorias que se erigiram no direito comparado, para que se possa, ao final, tentar verificar se há efetivamente a distinção que a legislação e a doutrina querem mostrar, ou se, ao contrário, não se passa de um equívoco histórico, a que o legislador ordinário não conseguiu se furtar.

A investigação tem, por isto, cunho meramente especulativo, pois não se prende às disposições infralegais vigentes sobre a matéria. O objetivo é verificar se há suporte científico adequado para as diversas teorias levantadas e se a opção legislativa, adotada no Brasil, é congruente com o arcabouço teórico da disciplina.

1 TEORIAS NEGATIVAS

A idéia do contrato administrativo encontrou muita resistência na doutrina alemã. Essa tendência se firmou, sobretudo, pela teoria de Otto Mayer. Segundo o autor, o que se costumava qualificar por contrato administrativo era, na verdade, um ato administrativo unilateral, dependente do consentimento do interessado para gerar

efeitos jurídicos válidos. De acordo com Otto Mayer, o Estado só pode atuar unilateralmente. (BREWER-CARIAS, 1992, p. 15).

Outro argumento nos apresenta Fleiner, acrescentando que a figura do contrato pressupõe igualdade entre as partes, e que a superioridade do Estado perante os particulares, portanto, o impossibilitaria de celebrar contratos. (ESCOLA, 1977, p. 35).

Na Itália, com influência na teoria de Otto Mayer, parte da doutrina considera que todos os atos administrativos, por serem praticados no exercício do poder de império do Estado, são sempre unilaterais. Dessa forma, todos os contratos celebrados pela Administração são contratos de direito privado, independente do objeto. (BREWER-CARIAS, 1992, p. 15).

Dentro dessa concepção, é bastante difundida a teoria dos dois níveis, segundo a qual, no procedimento de contratação do Estado, há dois momentos distintos: um primeiro, de direito público, relativo aos requisitos formais para a celebração do contrato (licitação prévia, autoridade competente, disponibilidade orçamentária, etc); outro, de direito privado, que seria o contrato.

Na Espanha, laborou-se teoria similar, denominada teoria dos atos separáveis. Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramon Fernandes (1991, p. 616) observam que a competência e o procedimento de celebração dos contratos da Administração têm regulação uniforme e comum, independente da regulação de fundo própria para cada espécie de contrato. Todas essas regras de competência e procedimento podem, portanto, ser aplicadas a todos os contratos - privados ou administrativos - independentemente.

Duguit sustentava que os elementos essenciais de um contrato mantêm sempre os mesmos caracteres, tanto o contrato celebrado pela Administração quanto por particulares. Por isso, não haveria diferença de fundo entre os contratos civil e administrativo. (ESCOLA, 1977, p. 40)

Na doutrina italiana merece destaque a posição de Renato Alessi (1970, p. 266). De acordo com o autor, o contrato é essencialmente um instrumento de solução pacífica dos conflitos de interesses entre distintos sujeitos. Nos conflitos entre Administração Pública e particular, há de prevalecer sempre o interesse público primário da Administração (interesse da coletividade) sobre o interesse privado do particular. Portanto, somente seria válida a solução contratual de conflitos entre o interesse secundário da Administração, isto é, o interesse puramente patrimonial da Administração, enquanto sujeito de direitos e obrigações, e o interesse do particular. Nessa hipótese, a Administração se colocaria em pé de igualdade com o particular, necessitando, pois, fazer uso dos meios privados, postos à disposição para solução de conflitos.

2 TEORIAS POSITIVAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A observação cotidiana da praxe administrativa demonstrou a realidade inexorável da figura do contrato celebrado pela Administração. Inúmeros são os acordos de vontade celebrados pelo Estado com particulares (ou com outras entidades de Direito Público), com objetivo de criar, modificar ou extinguir direitos.

As concepções que negavam a possibilidade de a Administração Pública celebrar contratos fundamentavam-se em uma visão clássica do contrato, enquanto acordo de vontades entre partes livres e iguais para estipularem obrigações e direitos.

Com relação à estipulação das obrigações e direitos recíprocos, deve-se observar que a liberdade contratual, mesmo no direito privado, é bastante regrada por lei. Não há uma liberdade ilimitada para estabelecer as condições do acordo.

Por vezes, nem mesmo é permitido às partes discutirem as condições do contrato. Determinadas atividades são executadas, ou determinados bens são comercializados, mediante condições padrões para todos aqueles que queiram usufruir da atividade ou adquirir o bem. Esse fenômeno, qual seja, dos contratos de adesão, é típico de nossa sociedade (de consumo em massa) e tem se proliferado de tal forma que se pode até arriscar a dizer que hoje constituem regra no tráfico civil (vide os contratos de TV a cabo, telefonia fixa e celular, água, luz, recolhimento de lixo, associação a entidades recreativas, transporte, turismo, etc).

Por outro lado, a igualdade entre as partes é conceito relativo, que deve ser considerado apenas no sentido de que as partes sejam sujeitos de direitos e obrigações. Inúmeros outros contratos são celebrados entre sujeitos desiguais, a exemplo dos contratos de serviços públicos, de um modo geral, em que há flagrante desigualdade de poderes entre o prestador do serviço e o usuário, ou, ainda, o contrato de trabalho, em que a subordinação de uma das partes à outra é requisito jurídico intrínseco da relação (art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho).

Não se verificando, dessa forma, base sólida para as teorias que negam a possibilidade de a Administração agir mediante contratos, restou à doutrina senão a busca pelo critério de singularidade dos contratos celebrados pela Administração.

Como foi argutamente verificado por Escola (1990, p. 601), não existem hoje discrepâncias quanto a aceitar a capacidade da Administração para celebrar contratos. A controvérsia se funda na natureza e características destes contratos.

2.1 CRITÉRIO DA JURISDIÇÃO

Alguns países adotam o sistema dualista de jurisdição, a exemplo da Espanha, França, Alemanha, Argentina e Venezuela.

A partir da dualidade de jurisdição, desenvolveu-se o critério, proposto originariamente por Merkl, de que são contratos administrativos aqueles submetidos à jurisdição administrativa (DROMI, 1973, p. 363).

Nessa perspectiva, não há uma natureza intrínseca ao contrato administrativo, diversa dos demais atos jurídicos praticados pela Administração. A singularidade do contrato decorre unicamente da jurisdição competente para julgar as controvérsias advindas do ato.

Esse critério prima pela simplicidade, porém, como adverte Estorninho (2003, p. 78), não é critério suficiente para qualificar um contrato, uma vez que sempre será necessário verificar qual foi o critério substancial que motivou o legislador a submetê-lo à jurisdição administrativa.

Como observa Díez (1963, p. 442), o critério da jurisdição nada diz sobre o regime jurídico e a natureza do contrato administrativo.

Ademais, é de aplicação restrita a determinados países; não é critério válido para os países com sistema de jurisdição una.

Com efeito, a atribuição de competência aos tribunais administrativos, para dirimir os conflitos advindos dos contratos celebrados pela Administração não teve, em sua origem, uma razão substancial. Originou-se na especial interpretação que historicamente se fez do princípio da repartição de poderes na França revolucionária (ESTORNINHO, 2003, p. 78). Havia, naquela época, uma geral desconfiança de que a intromissão do Poder Judiciário nas medidas administrativas do novo Estado poderia impedir a concretização dos ideais revolucionários.²

Essa atribuição de competência à jurisdição administrativa, entretanto, impulsionará e justificará, dizem Enterría e Tomás-Ramón Fernandes (1991, p. 600), a transferência paulatina à execução destes

2 O contencioso administrativo não teve, ademais, nenhum conteúdo garantístico dos direitos dos cidadãos. Ao contrário, pretendiam os revolucionários franceses impedir que a animosidade existente entre os revolucionários e os membros dos tribunais judiciais limitasse a ação do novo Estado que se formava (BINENBOJM, 2007, p. 121).

Para Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes, entretanto, essa distinção deveu-se mais a razões de ordem prática, pois que os tribunais administrativos seriam mais expeditos e conheceriam melhor o funcionamento da Administração Pública (1991, p. 600).

contratos das técnicas normais de atuação da Administração, em especial, do privilégio de autotutela.

Dessa forma, apesar de inicialmente baseada em aspectos puramente históricos, a jurisdição administrativa francesa irá impulsionar o trabalho de elaboração de um critério material para distinção dos contratos administrativos.

2.2 CRITÉRIO DA FORMA E FORMALIDADES

Diante da insubsistência do critério da jurisdição, a doutrina esforça-se por desvelar um verdadeiro critério, substantivo, de identidade dos contratos administrativos. Trata-se inicialmente, a bem da verdade, de uma tentativa de se justificar o dualismo de jurisdição (ESTORNINHO, 2003, p. 79).

A primeira corrente que ganhou força foi a do critério das formalidades. Hauriou, em suas anotações ao arresto *Terrier* do Conselho de Estado da França, concluiu como regra o princípio de que as formas determinam a natureza dos atos praticados pela Administração (ESTORNINHO, 2003, p. 80). Assim, o que diferencia o contrato administrativo dos contratos celebrados pelos particulares são as formalidades a que aquele deve ser submetido; formalidades não exigidas para a celebração de contratos privados.

Esse critério, segundo Estorninho (2003, p. 80), acabou por ser afastado por dois principais motivos: a) celebração de um contrato pela Administração sem a observância das formalidades exigidas não o transformava em contrato privado; b) a exigência de formalidades não é exclusiva dos contratos administrativos. Estão, também, submetidos a determinadas formalidades os contratos de direito privado da Administração, assim como os contratos de direito privado, celebrados por entidades privadas submetidas a controle administrativo.

Ademais, conforme lição de Gabino Fraga (1977, p. 401), as pessoas morais de direito privado também estão submetidas a formalidades previstas na lei, nos atos constitutivos, e nos estatutos sociais, não podendo exercer mais direitos além dos que sejam necessários para alcançar o objeto social, devendo se obrigar somente por meio dos órgãos autorizados.

2.3 CRITÉRIO DOS ATOS DE GESTÃO E DE IMPÉRIO

Esse critério, inicialmente desenvolvido por Laferrière, baseou a distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado na distinção entre atos de gestão e atos de império (DÌEZ, 1963, p. 443).

Na definição de Di Pietro (2007, p. 204), os atos de império são aqueles realizados unilateralmente pela Administração, no exercício do seu poder de império em posição de supremacia perante os particulares, e com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, regidos por um direito exorbitante do direito comum. Os atos de gestão, por sua vez, seriam praticados pela Administração, em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e gestão dos serviços da Administração.

Os contratos, a partir desses conceitos, são, por excelência, atos de gestão, isto é, atos em que a Administração atua em coordenação com os particulares, desprovida de seu poder de império (ENTERRÍA, 1980, p. 101).

Por esse motivo, essa teoria logo foi abandonada, pois o regime jurídico aplicável aos contratos administrativos outorgava à Administração a prerrogativa de se impor unilateralmente perante o contratado.³ A distinção, assim, não era capaz de explicar o fenômeno dos poderes da Administração no contrato administrativo.

O próprio defensor da teoria, Laferrière, reconhece que determinados contratos não são atos de gestão, senão verdadeiros atos de poder público, aos quais se acrescenta um elemento contratual (ENTERRÍA, 1980, p. 104).

2.4 CRITÉRIO DO OBJETO DE SERVIÇO PÚBLICO

O critério central de delimitação da jurisdição contencioso-administrativa fundado na dicotomia atos de gestão versus atos de império foi gradualmente substituído na França, já no início do século XX, pelo critério substancial do serviço público (ENTERRÍA, 1980, p. 103).

No início do século passado, o conceito de serviço público encontrou grande difusão na doutrina francesa como fundamento e campo de aplicação do direito administrativo, no conceito desenvolvido pela chamada “Escola do Serviço Público”, que se desenvolveu através, principalmente, dos ensinamentos de Jèze, Duguit e Bonnard, seus maiores defensores.

Esse critério é bastante fecundo na jurisprudência do Conselho de Estado francês, iniciado nos arestos *Blanco*, em 1873, e *Terrier*, em 1903, e definitivamente consolidado através do aresto *Bertin*, de 1956 (DÍEZ,

3 Laferrière cita vários contratos que são verdadeiros atos de poder público, entre eles, os contratos de concessão administrativa (ENTERRÍA, 1980, p. 104).

1963, p. 450).⁴ Nos primeiros arestos, o Conselho de Estado exigia, para configurar a existência de um contrato administrativo, dois requisitos: que se referisse à organização e funcionamento de um serviço público e que contivesse cláusulas derogatórias do direito civil. Na decisão do caso *Bertin*, firmou-se o entendimento de que, para configurar um contrato administrativo, bastaria apenas que ao contratado se tivesse confiado a execução direta de um serviço público, sendo desnecessário verificar se o contrato continha cláusulas exorbitantes do direito privado (DÍEZ, 1963, p. 450).

À Administração Pública seria facultado optar pelo modelo contratual a ser adotado (administrativo ou civil) em virtude da necessidade presente no caso concreto, conforme posição firmada no aresto *Société générale d'armements*, julgado pelo Conselho de Estado francês em 23 de dezembro de 1921.

Na lição de Gaston Jèze (1949, p. 321), o contrato administrativo nasce da necessidade de se instituir um regime jurídico contratual, que garanta o funcionamento regular, contínuo, sem interrupção de um serviço público. O regime jurídico imposto à prestação dos serviços públicos impõe ao contratado uma obrigação especial de garantidor da adequada prestação do serviço.

Disse o Comissário de Governo Tardieu, no julgamento do Caso *Compagnie des Messageries Maritimes*, de 29 de janeiro de 1909, que esta especial situação jurídica em que os contratados se inserem, ao se encarregarem de uma missão de interesse geral, lhes impõe um esforço maior para assegurar o cumprimento adequado do contrato que se poderia exigir de um empresário em um contrato privado.

Não foi possível, contudo, estabelecer, através deste critério, quais seriam, em essência, os serviços públicos; e, da mesma forma, quais atividades demandariam ser contratadas por meio dos instrumentos dispostos nos contratos administrativos.⁵

Sayagués Laso (1953, p. 535) adverte que o conceito de serviço público carece de precisão. Não há, como observa Bandeira de Mello (2006, p. 634), uma definição apriorística do que seja serviço público. Serviços públicos são aqueles que uma determinada coletividade politicamente organizada concebe como primordial. E, por essa razão, o Estado assume como pertinente aos seus deveres e concede-lhe, por isso, regime jurídico diferenciado, publicístico, consagrador de prerrogativas

4 No mesmo sentido, vide, também, Escola, Hector Jorge. 1977, p. 49; Dromi, José Roberto, 1973, p. 364.

5 Ademais, adverte Sayagués Laso (1953), não há também acordo sobre o grau de vinculação que deve ter o contratado com o serviço público. Alguns exigem a participação direta e imediata, outros, apenas que se refira à organização, outros ainda exigem que o contratado participe do funcionamento do serviço.

e restrições especiais. É, pois, uma opção política de cada ordenamento jurídico.

O critério desmorona quando se verifica, lembra Garcia de Enterría (1980, p. 108), que é perfeitamente cabível a gestão privada de serviços públicos e também a aplicação de um regime de direito público a atividades que não são serviço público.

2.5 CRITÉRIO DO FIM DE UTILIDADE PÚBLICA

Escola (1977, p. 61) observa que, diante da insuficiência do critério do serviço público, facilmente verificável pelo fato de que alguns contratos tipicamente administrativos não tinham por objeto imediato a prestação de um serviço público, a doutrina formulou critério mais amplo: o objeto de utilidade pública.

De acordo com Bielsa (1964, p. 171), é contrato administrativo o que a Administração celebra com outra pessoa, pública ou privada, e que tem por objeto uma prestação de utilidade pública.

Entretanto, Cirne Lima (2007, p. 24) bem observa: o que identifica todo o direito administrativo como disciplina autônoma é o princípio da utilidade pública. A utilidade pública é a finalidade própria da Administração Pública. É, por isto, justamente, a finalidade de utilidade pública que distingue a relação de administração pública da relação de administração privada.

Em conseqüência, alerta Araújo (2005, p. 35), o Estado, ou quem lhe faça às vezes, sempre agirá para a satisfação de um fim de utilidade pública.

Não apenas todo e qualquer contrato, mas todo e qualquer ato da Administração deve ter por fim uma utilidade pública, prevista em lei, sob pena de desvio de finalidade (art. 2º, e, da Lei nº 4.717/65).

2.6 CRITÉRIO DA NATUREZA JURÍDICA DAS PARTES

Partindo-se desta corrente, o que define a natureza do ajuste é não mais a natureza do objeto, mas das partes envolvidas. Vale dizer, contrato administrativo é todo aquele celebrado por um ente de direito público.

Esta corrente reflete a teoria, hoje superada, de Otto Mayer, segundo o qual administração é sempre atividade desenvolvida pelo Estado. De acordo com o jurista alemão, das duas pessoas de uma relação jurídico-administrativa, uma é sempre pressuposta: o Estado (CIRNE LIMA, 2007, p. 32).

Esse critério é passível das mesmas críticas direcionadas ao critério subjetivo de distinção entre o Direito Público e Direito Privado. De acordo com tal critério, hoje pouco aceito, Direito Público é o que incide sobre a pessoa do Estado. Portanto, sempre e apenas quando o Estado fosse parte na relação, seria aplicado o Direito Público.

Observa-se que, na atualidade, o Estado atua de diversas formas, através de pessoas jurídicas de direito privado, sejam aquelas especialmente criadas pelo Estado (empresas públicas, sociedades de economia mista e consórcios de direito privado),⁶ sejam aquelas contratadas para o desempenho de tarefas de interesse público (concessionários e permissionários), ou, ainda, aquelas que atuam em parceria com Estado (por meio de convênios e instrumentos congêneres).

Diante da titularidade pública dos interesses que tais entidades visam satisfazer, é hoje incontroverso que se lhes aplique, mesmo de forma parcial, o regime jurídico de Direito Público.⁷

Ademais, em países como a Alemanha, por exemplo, aceita-se a celebração de contratos administrativos entre particulares, desde que tenham por objeto poderes ou deveres administrativos.⁸ Sérvulo Correia (1987, p. 413) menciona vários exemplos dessa espécie de contratos administrativos, como o contrato de permuta entre estudantes de universidades diversas.

Segundo Forsthoff (1958, P. 379), é plenamente possível a celebração de contratos administrativos apenas entre pessoas jurídicas de direito privado, pois o que define a natureza do contrato é o conteúdo estipulado, não a condição das partes.

Na França, assevera Rivero (1981, p. 134), o Conselho de Estado admite a celebração de contrato administrativo entre particulares quando uma das partes age como mandatária de uma pessoa de direito público.

6 Poder-se-ia ainda incluir a figura da Fundação de Direito Privado. Porém, a existência desta figura é questão controversa na doutrina nacional. A favor, vide Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 405 e ss. Contra, vide Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168.

7 Vide, nesse sentido, Bandeira de Mello, Celso Antônio. *ob. cit.* p. 45. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *ob. cit.* p. 413. Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 294.

8 A celebração de contratos administrativos entre particulares, entretanto, encontra severa resistência em parte da doutrina. Gabino Fraga (1977. p. 69) é categórico: "Um contrato celebrado entre particulares, com efeito, nunca pode adquirir o caráter de administrativo". No mesmo sentido, vide Marienhoff, Miguel S. *ob. cit.*, p. 46; Sayagués Laso, Enrique, *ob. cit.* p. 541 e Escola, Hector Jorge, *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 615.

No aresto *Peyrot*, de 1963, admitiu-se a celebração de contrato administrativo entre duas empresas privadas, já que estava vinculado à prestação de um serviço público e havia no contrato celebrado cláusulas exorbitantes do Direito comum (ENTERRÍA e FERNANDES, 1991, p. 611)

Vê-se, portanto, que, conforme lição de Gordillo (2003, p. V-12), o direito administrativo regula a atividade de qualquer órgão ou entidade do Estado quando no desempenho de função administrativa, e, ainda, das pessoas não estatais enquanto no exercício de poderes públicos.⁹ Como adverte Álvarez-Gendin (1958, p. 373), o contrato administrativo se identifica mais pelo fim a que persegue do que pela natureza jurídica dos sujeitos contratantes.

2.7 CRITÉRIO DA RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Apenas será admissível a celebração de contrato administrativo quando o objeto for a regulamentação de uma situação de exercício típico da função administrativa (Estorninho, 2003, p. 101).

De acordo com o § 54 da VwVfG (Lei sobre processo administrativo alemã), a Administração poderia, em determinada situação, em vez de expedir um ato administrativo unilateral, celebrar contrato administrativo para regular uma relação de direito público.

Contudo, a definição do que seja relação de direito público, esbarra no mesmo problema da definição de serviço público. Na ausência de uma definição segura, transfere-se o problema para o ordenamento jurídico: são relações de direito público as relações assim reconhecidas por lei.

Portanto, o que, a princípio, seria um critério material de distinção, transforma-se, diante da indeterminação de um elemento consistente para definição da relação de direito público, em um critério formal, totalmente destituído de conteúdo: pode ser relação de direito público qualquer relação, desde que submetida ao regime jurídico de direito público.

9 O autor, entretanto, é contraditório, pois, mais à frente, no capítulo XI de sua obra *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, nega a possibilidade de celebração de contratos administrativos por pessoas não estatais: “É generalizado o ponto de partida de que ao falar de contratos administrativos ou contratos da administração nos referimos como mínimo a contratos celebrados por uma pessoa estatal: a administração nacional centralizada ou descentralizada, mas não pessoas jurídicas não estatais, sejam elas públicas ou privadas. Os contratos que celebram as pessoas públicas não estatais e as pessoas privadas que exercem função pública não devem ser incluídas em dita categoria” (GORDILLO, 2003) (tradução nossa).

2.8 CRITÉRIO DO REGIME JURÍDICO

Para alguns autores, a diferença fundamental entre contrato administrativo e contrato de direito privado assenta-se nos distintos regimes jurídicos a que estão subordinados.

Segundo Fiorini (1968, p. 414), os contratos administrativos estão sujeitos a normas próprias impostas pela natureza organizativa e funcional da Administração.

A essência da continuidade, generalidade e obrigatoriedade das necessidades públicas só podem ser cumpridas por um regime jurídico especial, que outorgue à Administração especiais poderes em relação ao sujeito contratado. Por isso, arremata Fiorini (1968, p. 420), a existência de cláusulas exorbitantes é a consequência, não causa deste regime.¹⁰

Para Díez (1963, p. 453), o critério do regime jurídico é determinado pela existência de cláusulas exorbitantes no contrato administrativo. Essa confusão de critérios, contudo, não nos parece adequada, porque o regime jurídico administrativo se caracteriza não apenas pela existência de cláusulas exorbitantes.

De qualquer forma, o regime jurídico de regulamentação de um determinado fato social é estabelecido em razão de um elemento peculiar do fenômeno regulado. Vale dizer: o regime jurídico é a consequência de determinada nota peculiar do fenômeno a que se aplica e não a causa. Regula-se de tal ou qual maneira um determinado fenômeno, justamente em razão de uma determinada característica que possua.

Por isso, a existência de um regime jurídico próprio aos contratos administrativos, antes de ser a solução da questão, é a razão mesma do questionamento: qual o critério que determina a existência de um regime jurídico próprio aos contratos administrativos.¹¹

2.9 CRITÉRIO ESTATUTÁRIO

O critério estatutário é similar ao critério do regime jurídico, mas com ele não se confunde. Segundo seus defensores, a Administração está sujeita a um regime que lhe é próprio, mas não necessariamente diverso do regime atribuído aos particulares. Rompe-se, assim, com a idéia de exorbitância das normas de direito administrativo frente às normas de

¹⁰ No mesmo sentido: Brewer-Carias, Allan R., op. cit., p. 41.

¹¹ Isto, evidentemente, partindo-se do pressuposto de que haveria um regime próprio aos contratos administrativos, distintos do regime geral dos contratos de direito privado. Esta questão não se põe para aqueles que negam a existência do contrato administrativo como categoria jurídica própria.

direito privado.¹² De acordo com Enterría (1980, p. 111), as instituições do Direito Administrativo não necessitam ter uma singularidade radical em confronto com as instituições privadas, ao contrário do que uma (segundo o autor, ingênua) tradição de “autonomia” científica vinha pretendendo.

Conforme lição de Vilhena (2002, p. 45), um estatuto jurídico é, no seu aspecto formal, um conjunto de normas reguladoras de relações sociais determinadas, em apreço a certos princípios e fins específicos; e, no seu aspecto material, compreende as situações jurídicas entrelaçadas, cujos direitos e deveres se compõem para o estabelecimento de certos efeitos uniformes e a afirmação de círculos especiais de tutela jurídica. Por exemplo, pode-se hoje dizer de um estatuto do consumidor, um estatuto dos contratos administrativos, um estatuto do trabalhador, etc.

Esse critério ecoou na doutrina espanhola, através dos ensinamentos de Garcia de Enterría e Tomás-Ramón (1991), que desmistificaram a tão propalada *summa divisio* entre Direito Público e Direito Privado. Os autores demonstraram que os regimes se misturam (ora se aproximando, ora se afastando); não há, dessa forma, uma divisão estanque entre Direito Público e Direito Privado.

Teve, portanto, o mérito de demonstrar que não há, em princípio, nada que impeça a Administração de utilizar os instrumentos de Direito Privado. Peca, entretanto, assim como o critério do regime jurídico, pela abstração. Não se menciona quais seriam os pilares do estatuto; logo, queda sem solução a questão de desvelar o fator de *discrimen* dos contratos administrativos.

2.10 CRITÉRIO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Esse critério, explica Enterría e Fernandes (1991, p. 601), tem origem na explicação que se deu em Roma¹³ à autonomia do Direito Público perante o Direito Privado: a existência de cláusulas que exorbitam os modelos previstos no Direito Privado.

12 Rompe-se, assim, com a *summa divisio* entre Direito Público e Direito Privado, duas ordens distintas, impermeáveis, cada qual sendo regulada a sua maneira. Essa concepção, hoje pouco usual, foi inicialmente desenvolvida em Roma e encontrou seu apogeu no modelo do Estado Liberal do século XIX.

13 A dicotomia direito público X direito privado remonta ao Direito Romano, no famoso trecho de Ulpiano (Digesto, 1.1.1.2.): “O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares” (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 133).

De acordo com esta corrente, o que distingue o contrato administrativo é a natureza jurídica dos direitos e deveres contratuais (ESTORNINHO, 2003, p. 93).

Em um primeiro momento, a doutrina, seguindo o conceito de Waline, considerou que as cláusulas exorbitantes seriam aquelas que resultariam ilícitas, se dispostas em um contrato privado, por contrariarem a ordem pública (MARIENHOFF, 1966, p. 75). Entretanto, diante da observação de inúmeras disposições contratuais privadas, que estabeleciam poderes “exorbitantes” a uma das partes,¹⁴ Vedel elaborou critério mais brando: as cláusulas exorbitantes seriam aquelas pouco usuais no direito privado (MARIENHOFF, ob. cit., p. 74).

Neste último momento, o critério perde todo o seu valor. Já não é mais o ordenamento quem determina a natureza de uma cláusula, mas a sua maior ou menor utilização pelos contratantes.

De acordo com tal critério, basta verificar as cláusulas do contrato para se distinguir sua natureza jurídica. Entretanto, Marienhoff (1966, p. 51) destaca que o problema se apresenta quando não há cláusulas exorbitantes expressamente previstas no contrato. Nessas hipóteses, seria necessário perquirir a natureza do contrato. Portanto, o critério apresenta-se, de plano, insuficiente.

Ademais, as cláusulas exorbitantes não são apenas aquelas cláusulas que outorgam à Administração prerrogativas e privilégios para consecução dos interesses da coletividade. Segundo Diez (1963, p. 448), essa é uma definição muito estreita, já que a derrogação do direito comum, que constitui a cláusula exorbitante, pode consistir logicamente na referência a um princípio jurídico especial do direito público, sem que tal princípio se refira necessariamente a uma prerrogativa ou privilégio. O regime jurídico administrativo caracteriza-se não apenas pelos privilégios e prerrogativas, mas, também, pelas sujeições impostas à Administração.

3 DA TEORIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS À LUZ DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A grande divergência que o debate sobre a natureza dos contratos administrativos tem gerado na doutrina, ao longo dos tempos, indica que a questão não tem sido colocada em seus verdadeiros termos.

14 No direito brasileiro, são inúmeros os exemplos: o art. 619 do Código Civil, que outorga ao contratante de empreitada a prerrogativa de alterar unilateralmente o projeto da obra; o direito de preferência exercido numa compra e venda (art. 513 do C.C.); o direito de desistência do contrato celebrado fora do estabelecimento comercial (art. 49 da Lei nº 8.078/90).

Inicialmente, há que se estabelecer a premissa de que não há como delimitar os meios de atuação postos à disposição da Administração se não se define os fundamentos de validade do Estado. Os fins que o Estado se propõe a perseguir em um determinado local e em um dado momento histórico condicionam as funções que incumbem à Administração Pública e as respectivas formas de atuação, estruturação e organização adotadas pelas entidades administrativas¹⁵ (FINGER, 2004, p. 59).

O Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito, de acordo com a Constituição da República de 1988. No momento de fundação desta nova ordem jurídica, cada cidadão abdicou de seu livre arbítrio, em prol de um Estado fundado na vontade geral. Não se trata de uma faculdade subjetiva (a soma dos desejos de cada um), mas, ao contrário, trata-se, nos termos propostos por Rousseau (1999, p. 92), de um princípio ético objetivo, a vontade geral, que é o bem do todo, é a retidão nas deliberações, realizadas em prol do bem comum, despojadas das paixões e vícios humanos que animam as decisões individuais (KOMPARATO, 2006, p. 249).

Assim, é no documento em que se funda este pacto que estão dispostos os fundamentos, objeto e limite da conduta de cada um dos sujeitos e poderes constituídos.

O administrador, na condição de órgão ao qual se imputa a vontade estatal, nada mais é do que depositário dos bens e interesses postos a sua administração, uma vez que o poder emana do povo, enquanto sociedade organizada, e em seu proveito deverá sempre ser exercido, conforme previsto no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República, que consagra o princípio republicano da soberania popular (MORAES, 2003, p. 131).

Os agentes que representam (ou, melhor dizendo, apresentam) o Estado somente podem agir quando autorizados pelo titular do poder, o povo, que manifesta sua vontade através da lei. Sendo a lei o instrumento representativo da vontade popular, apenas a lei pode autorizar o Estado a agir, por meio dos agentes especificamente designados na norma.

Sendo representativa da vontade geral, que é o bem do todo, é a retidão nas deliberações, realizadas em prol do bem comum, a lei estabelece uma finalidade de interesse da coletividade, que fundamenta a ação estatal.

15 Segundo Bielsa (1960, p. 7), "o direito administrativo tem o caráter ou a filosofia do direito constitucional de cada Estado" (tradução nossa).

No moderno Estado Democrático de Direito, o fundamento do Estado é a autonomia humana, isto é, a natural liberdade do homem de se às impor normas. Conforme bem observa Ruy Cirne Lima (2007, p. 43), “a esfera da liberdade individual é um dado anterior ao Estado, sendo a liberdade individual ilimitada em princípio, enquanto é limitado o poder do Estado de nela interferir.”

O Estado, dessa forma, nasce da vontade humana e tem, portanto, a feição e os limites que esta lhe concede. Uma vez que o Estado é constituído com base em um prévio acordo de sujeitos livres e iguais, qualquer diferenciação entre os diversos sujeitos deve ser instituída por lei e sujeitar-se, no seu contexto específico e na sua extensão, ao princípio da proporcionalidade (BINENBOJM, 2007, 155). Sendo a igualdade de todos perante a lei um dos princípios estruturantes da ordem jurídica (art. 5º, CR/88), toda e qualquer desigualdade criada somente se justifica se tiver por fundamento a salvaguarda de outro princípio fundamental da ordem jurídica e, ainda, caso seja proporcional, isto é, idônea, necessária e conveniente para o alcance deste objetivo.

Hartmut Maurer (2001, p. 52), professor da Universidade de Konstanz, na Alemanha, explica que a medida somente é idônea se, no fundo, ela é capaz de alcançar o resultado aspirado; a medida idônea somente é necessária se não estão à disposição outros meios convenientes que prejudiquem menos os afetados e a comunidade; e, a medida idônea e necessária somente é conveniente se ela não está fora da proporção em relação ao resultado aspirado.

A legitimidade de uma medida administrativa, portanto, resulta diretamente não apenas da legitimidade da finalidade a ser alcançada, mas, sobretudo, da legitimidade dos meios de que se utiliza a Administração. Estes meios, decorrentes dos poderes e deveres do Estado, são constitutivamente delineados pelas normas constitucionais, em especial, os direitos e garantias fundamentais do cidadão e as normas estruturantes do regime democrático (BINENBOJM, 2006, p. 144).

A contratação, lembra Lancís y Sanchez (1952, p. 419), é um dos procedimentos que emprega a administração para suprir as necessidades gerais, quando, por diversas razões, não podem ser supridas impositivamente pelo Estado. De fato, nem sempre é possível ao Estado usar seus atributos de soberania e de poder para resolver as necessidades públicas. No âmbito do comércio de bens e serviços, a Constituição da República brasileira consagrou o princípio da propriedade privada e da livre concorrência (art. 1º, IV, 5º, XXII e 170, II e IV).

Portanto, a Administração não pode obrigar unilateralmente o indivíduo a lhe fornecer os bens ou serviços de que necessita para o

desempenho de suas atividades, senão nas hipóteses estritamente previstas na Constituição, a exemplo da requisição administrativa (art. 5º, XXV) ou da desapropriação (art. 5º, XXIV). Nas demais hipóteses, a Administração necessita celebrar um acordo de vontades em que o particular livremente se comprometa a fornecer o objeto solicitado pelo Estado.

Os contratos, desta forma, são os meios que a Administração tem às mãos para se socorrer dos bens, obras e serviços de que necessita e que, contudo, não pode se apropriar impositivamente, sem que haja o consentimento do proprietário. Por isso, se a Administração não pode unilateralmente constranger os particulares a lhe fornecerem os bens e serviços de que necessita, deve oferecer condições de contratação que possibilitem aos eventuais interessados apresentarem a proposta mais benéfica possível para a Administração. Melhor dizendo, deve verificar as reais condições do mercado para optar pelo modelo contratual mais vantajoso, isto é, aquele que consiga atrair o maior número de interessados e que imponha os menores custos possíveis ao contratado, pois o preço cobrado pelo bem ou serviço está diretamente ligado aos custos decorrentes do contrato.

A opção legislativa adotada no Brasil, portanto, peca por querer submeter a um mesmo regime situações completamente distintas e que, por isto, demandam instrumentos contratuais de distintas feições. Peca, sobretudo, por conceder prerrogativas exorbitantes em todos os contratos, ainda que desnecessárias.

Algumas normas que regulam os contratos administrativos, à guisa de preservar o interesse público, têm por efeito funesto, em algumas modalidades de contratação, aumentar os custos decorrentes do contrato, afugentar os fornecedores dos bens e serviços disponíveis no mercado¹⁶, ou, até mesmo, impedir a celebração de determinada modalidade de contrato.

Marçal Justen Filho (2005, p. 531) bem observa que, em algumas hipóteses, a melhor forma de satisfazer determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios e inerentes ao regime privado, subordinado inevitavelmente a mecanismos de

16 Exemplo típico de situação em que o contrato administrativo afugenta os fornecedores é o do contrato de aquisição de combustível para abastecer os veículos da frota da Administração. Uma vez que o preço do combustível está atrelado ao preço do petróleo, que, por sua vez, depende de fatores externos, tais como a produção mundial de petróleo ou a cotação do dólar, enorme é a dificuldade para encontrar quem aceite fornecer o bem por preço fixo e que será pago mensalmente, independente do número de abastecimentos realizados durante o período (é muito comum ocorrer uma grande variação – quase sempre para mais – no preço do combustível entre o período da aquisição e o período do pagamento).

mercado. Nessas hipóteses, as características do mercado conduziriam à impossibilidade de aplicar o regime de direito público, pois isso acarretaria a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação.

4 CONCLUSÃO

A leitura dos princípios vetores do regime jurídico administrativo no Brasil historicamente foi feita com fundamento em teorias de cunho autoritário, que não se coadunam com o Estado Democrático de Direito.

No Brasil, ecoaram fortemente os ensinamentos de Otto Mayer, segundo o qual a nota característica do Estado seria a autoridade, isto é, a capacidade de impor coercitivamente sua vontade sobre os cidadãos (BREWER-CARIAS, 1992).

Verdadeira obsessão se instaurou sob a égide do postulado da supremacia do interesse público, que serviu de fundamento para as prerrogativas e privilégios postos à disposição da Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo, quer para a prestação de serviços públicos.

Lamentavelmente, com isso relegou-se ao segundo plano o verdadeiro fundamento de existência do Estado, qual seja, a finalidade de bem comum, através da satisfação dos valores e objetivos dispostos na Constituição.

Entre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, encontra-se a prestação de serviços públicos de forma eficiente (art. 37, caput) e econômica (art. 70, caput). Cabe ao legislador ordinário e ao administrador cumprir esse desiderato. Para tanto, devem se valer de instrumentos adequados, que, no mais das vezes, serão os mecanismos próprios e inerentes ao regime privado.

A exemplo da jurisprudência do Conselho de Estado francês no aresto *Société générale d'armements*, deveria o legislador brasileiro ter reconhecido ao Administrador o direito de opção entre o modelo contratual a ser adotado em virtude da necessidade presente no caso concreto.

Assim, o Administrador - de forma devidamente fundamentada, é claro - optaria entre a maneira mais adequada de obter um bem, serviço ou obra no mercado. É desse modo que agem as pessoas naturais e jurídicas no tráfico civil ordinário, e não há razão para tratar o Estado distintamente.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. *Tratado General de Derecho Administrativo*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1958.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: La ley, 1964.

_____. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1960.

_____. *Estudios de Derecho Público*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1950.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. In *Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BREWER-CARIAS, Allan R. *Contratos Administrativos*. Caracas: Jurídica Venezolana, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

COELHO MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007.

DÍEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo II*. Buenos Aires: Bibliográfica Omega, 1963.

DROMI, José Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo de Palma Y Hnos, 1973.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDES, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1991.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*. n° 41. Jan/mar 1980.

ESCOLA, Hector Jorge. *Tratado Integral de Los Contratos Administrativos*. Buenos Aires: De Palma, 1977.

_____. *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

FARIA, Edmur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2007.

FINGER, Ana Cláudia. *O Público e o Privado na Administração Pública. In Cenários do Direito Administrativo. Estudos em Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FIORINI, Bartolome A. *Manual de Derecho Administrativo – Primera Parte*. Buenos Aires: La ley, 1968.

FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México: Porrúa, 1977.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

- GORDILLO, Agustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- JÈZE, Gaston. *Princípios Generales Del Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005.
- KOMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- LANCÍS Y SANCHEZ, Antonio. *Derecho Administrativo*. Havana: Cultural S.A., 1952.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1966.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Contrato Administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949, Tomo II.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.
- NETTO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Lisboa: Almedina, 1981.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: 1953.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Contrato de Trabalho com o Estado*. São Paulo: LTR, 2002.

DA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DE AGENTES PÚBLICOS PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU): ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 22, DA LEI Nº 9.028, DE 12 DE ABRIL DE 2005

Márcio Versiani Penna

Advogado da União em Minas Gerais.

*Pós-Graduado em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-MINAS)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Análise do alcance do art. 22, da Lei nº 9.028/95; 2 Advocacia-Geral da União e a problemática da representação judicial da União; 3 O artigo 22, da Lei nº 9.028/95, em cotejo com a Constituição do Brasil; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A representação judicial de agentes públicos pela União é possível nos casos restritos previstos no art. 22, da Lei nº 9.028/95. Entretanto, a evolução e ampla competência da AGU demonstram a inadequação da norma em comento. Ademais, a previsão infraconstitucional viola princípios e regras do Texto Maior.

PALAVRAS-CHAVE: Representação Judicial. Agentes Públicos. Artigo 22. Lei nº 9.028/95.

ABSTRACT: The judicial representation of public agents by the Union is possible in restrict cases foreseen in the article 22 of the Law 9.028/95. However, the evolution and wide competence of the Federal Attorney Office demonstrate the inadequacy of the target norm. Beside, the infraconstitutional foresight violates principles and rules of the Federal Constitution.

KEYWORDS: Judicial Representation, Public Agents, Article 22, Law 9.028/95.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a constitucionalidade do disposto no art. 22, da Lei nº 9.028/95, que prevê a representação judicial de algumas autoridades governamentais pela Advocacia-Geral da União.

Para tanto, será feita uma abordagem a respeito do artigo citado e sobre a Advocacia-Geral da União: a gênese da Instituição, suas atribuições e sua competência constitucional, os problemas enfrentados, os resultados obtidos e os desafios a perseguir, de modo a atingir uma eficiente representação judicial da União.

1 ANÁLISE DO ALCANCE DO ART. 22, DA LEI Nº 9.028/95

Nos termos da lei infraconstitucional em questão, é possível a representação judicial e até mesmo extrajudicial, pela Advocacia-Geral da União (Procuradoria-Geral da União, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Procuradoria-Geral Federal, no que tange aos órgãos vinculados) de certos agentes públicos.

Originalmente, do art. 22 *caput*, constava a expressão “representação judicial”, tendo sido posteriormente substituída por “ficam autorizados a representar judicialmente”. Para nós, não houve, com a mudança de expressão, qualquer alteração do conteúdo da norma.

Contudo, o art. 22, da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, com a redação dada pela Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1988 (art. 50) e alterada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, permite essa representação judicial anômala *exclusivamente* aos titulares e membros dos Poderes da República, ou seja, membros e titulares do Legislativo, Executivo e do Judiciário: Senadores, Deputados Federais, Presidente da República, Ministros de Tribunais, Juízes, titulares e membros do Ministério Público, da própria Advocacia Pública e da Defensoria Pública da União, Ministros de Estado, titulares dos órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, detentores de cargos de natureza especial, bem como os efetivos ou não detentores dos chamados DAS (Direção e Assessoramento Superior), quando vítimas de crime, relacionados a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, de suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas.

Portanto, em que pese o que na prática acontece (representação de autoridades no juízo cível), está excluída a atuação na esfera cível,

salvo no caso de impetração de mandado de segurança, que, assim como o *habeas corpus*, pode ser manejado nas hipóteses antes citadas.

Mesmo aqueles agentes públicos que deixaram suas funções poderão ser representados pela Advocacia-Geral da União, desde que vítimas de crime relacionado a atos praticados no exercício de suas atribuições, especialmente no interesse da União, suas autarquias e fundações (§ 1º, do art. 22 da Lei 9.028/95).

Apesar de o artigo *sub examine* falar em representação judicial, abarca também a representação extrajudicial, ao mencionar a possibilidade de representação junto ao Ministério Público, em relação a agentes públicos, vítimas de crimes de ação penal pública condicionada, bem como a atuação da Advocacia-Geral da União em inquérito policial (§ 1º, inciso II).

Outrossim, os Militares das Forças Armadas e integrantes do órgão de segurança do Gabinete Institucional do Presidente da República, nas mesmas hipóteses de cumprimento do dever legal, constitucional ou regulamentar, podem ser beneficiados com a representação judicial em tela - além das pessoas naturais designadas para execução dos regimes especiais, previstos na Lei nº 6.024/74 (interventor, liquidante e membros do Conselho Monetário Nacional), no Decreto-Lei nº 73/66 (*verbi gratia*: Membros do Conselho de Seguros Privados) e no Decreto-Lei nº 2.321/87 (Membros de Conselho Diretor, nomeados pelo Banco Central do Brasil, na hipótese de regime especial de administração temporária nas instituições financeiras).

Vale ressaltar: o *caput* do art. 22 menciona “*cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos*” (grifos nossos), esta última expressão se refere ao vínculo do servidor público detentor de cargo de direção e assessoramento superior com a Administração Pública; vínculo efetivo ou não.

Desse modo, a Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados estão autorizados por lei a representar determinada categoria de servidor público federal, mas não todo o servidor efetivo como, a princípio, literalmente poderia parecer.

A propósito ensina João Carlos Souto:

[...] os integrantes da Advocacia-Geral da União – bem como dos órgãos vinculados – estão legalmente autorizados a defender – unicamente nos casos estabelecidos pelo art. 22 da Lei n. 9.028/95, com redação dada pela Medida Provisória n. 1.795/99 – os agentes públicos federais e determinadas categorias de servidores públicos federais, estes últimos tenham ou não vínculo efetivo com a União, pois os cargos de direção não pressupõem vínculo permanente com

a administração pública federal, conclusão de resto extensível a alguns agentes políticos.¹

Assim, é inadmissível a representação judicial, em questão, fora dos casos previstos na lei e para agentes públicos não referidos no mesmo dispositivo:

[...] não se trata de restringir o alcance da lei, mas sim interpretá-la corretamente dentro dos seus limites, notadamente tendo em vista que se trata de norma excepcional e, portanto, de interpretação restritiva, conforme nos ensina a hermenêutica.²

2 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E A PROBLEMÁTICA DA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA UNIÃO

Antes da promulgação da atual Constituição da República (CR/88), a representação judicial da União era feita pelo Ministério Público.

A Constituição de 1988 atribuiu - com exclusividade - a representação em juízo da União e deu total autonomia à Advocacia-Geral da União (AGU), destacando-a como função essencial à Justiça, ou seja, não vinculada a qualquer dos Poderes (funções) da República, mais intimamente ligada ao Poder Executivo apenas no que tange às atividades de consultoria e assessoramento jurídico (advocacia preventiva).

José Afonso da Silva, com peculiar clareza, assevera:

A Constituição desfez o bifrontismo que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros, como visto, exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público e de procuradores da República no exercício da Advocacia da União. Agora o Ministério Público da União, com seus Ministérios Públicos especializados, só cumpre as funções típicas da Instituição. Não são mais advogados da União. As funções da Advocacia Pública da União foram outorgadas a uma nova Instituição, que a Constituição denominou 'Advocacia-Geral da União'.³

Já agora os Advogados da União exercem a defesa da União, em sentido *lato*, e o Ministério Público Federal deixou a constrangedora

1 SOUTO, João Carlos. *A União Federal em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 171-173.

2 PENNA, Márcio Versiani. *Revista Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, a. 6, n. 62, p. 7112, abr. 2006. p. 7112.

3 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 609.

posição, muitas vezes inconciliável, de fiscal da lei e defensor do erário e do interesse público.

Ademais, quis o Constituinte de 1988 conferir as mesmas prerrogativas e garantias do Ministério Público aos membros dessa nova instituição (AGU), conforme, com inteira propriedade, destaca o já citado José Afonso da Silva:⁴

[...] a Advocacia Pública tem posição equivalente à do Ministério Público, tanto que ambas as funções foram sempre desempenhadas na União por uma única Instituição [...]. Isso tudo quer mostrar que a institucionalização da Advocacia Pública em nosso país é da tradição do nosso Constitucionalismo, que a teve sempre de mistura com as funções do Ministério Público, de onde ressaí equipolência de funções que justifica igualdade de vencimentos. A Constituição de 1988 avançou nessa institucionalização, mas deixou dúvidas que serviram de anteparo a distorções contra a efetivação do princípio da isonomia que ela instituiu, exatamente como uma das garantias da função.

Como não poderia deixar de ser, essas dúvidas, vacilações e distorções, a impedir a plena isonomia, foram refletidas na respectiva legislação infraconstitucional.

A Lei Complementar nº 73, 11 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e cuidou de forma mais detalhada do contencioso da Instituição, assim como de sua representação judicial, surgiu tardiamente. Foi editada após quatro anos e quatro meses da promulgação da Carta Política de 1988, apresentando estrutura insuficiente e várias lacunas.

Assim, em fevereiro de 1993, se iniciam, de forma extremamente precária e confusa, as atividades da Advocacia-Geral da União, conforme se verifica do histórico da instituição:

Desde o início de suas atividades – fevereiro de 1993 – até o início do ano 2000, a representação judicial da União, a cargo da AGU, era exercida pelos titulares dos cargos em comissão de órgãos de direção e de execução e por Procuradores da Fazenda Nacional, Assistentes Jurídicos e cerca de trinta Advogados da União (oriundos do primeiro concurso público realizado para essa Carreira) todos eles auxiliados por Procuradores de autarquias e fundações e outros bacharéis em Direito, detentores de cargos em comissão na AGU.⁵

4 Silva, *opcit.*, p. 606.

5 VALENTE, Maria Jovita Wolney. *Breve histórico e evolução da AGU* (Advocacia-Geral da União). Disponível em: <www.agu.gov.br/institucional/historia/historia.asp?aba=0>. Acesso em: 15 jul. 2008. p. 3.

Evidentemente, a rigor, a representação judicial da União apenas poderia ser exercida por Advogados da União (matéria extra-fiscal) e Procuradores da Fazenda Nacional (matéria tributária). Mas, como foi visto, no início das atividades da Advocacia-Geral da União, isso não aconteceu, mesmo porque os trinta Advogados da União, empossados em 1996, estavam longe de atingir o número suficiente para tamanha tarefa de representar a União, em juízo, em todo o território nacional. Constatou-se, então, a falta de planejamento adequado para o funcionamento inaugural da Instituição.

A Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, que dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório, é um diploma legal de momento, e visou sanar problemas surgidos desde o início da atuação judicial a cargo da Advocacia-Geral da União.

Em Minas Gerais e em várias outras unidades da federação, a representação judicial da União, em matéria não fiscal, era exercida por Procuradores da Fazenda Nacional, designados excepcional e provisoriamente pelo Advogado-Geral da União (art. 69, da Lei Complementar nº 73/93). A Procuradoria da União no Estado de Minas Gerais, com competência de atuação na capital e em quase todo o Estado, contava com apenas três Advogados da União.

Com uma demanda crescente contra a União, decorrente dos novos direitos estabelecidos no ordenamento jurídico, somente no ano de 2000, houve implemento razoável do quadro de Advogados da União em todo o país.

A partir do ano de 2000, quase 12 (doze) anos após a promulgação da Constituição de 1988 e vigência do seu art. 131, efetivamente nasceu a Advocacia da União, em matéria não tributária, mas ainda incipiente. Os Advogados da União recém-nomeados assumiriam a anormal representação judicial de quase uma centena de autarquias e fundações, até que lei dispusesse sobre a nova forma de representação judicial, direta e indireta, da União, consideradas as suas entidades autárquicas e fundacionais, conforme arts. 11-A e 11-B da Lei nº 9.028, de 1995 (Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001).

Como se não bastasse, logo em seguida, foi extinto o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER. Todo o enorme acervo de processos do órgão extinto – geralmente com vários incidentes e trâmites nos mais variados graus de jurisdição – ficou a cargo da Advocacia-Geral da União, que sempre trabalhou com pessoal de apoio cedido ou requisitado. Não havia, até recentemente, qualquer concurso público para a atividade meio, apesar da existência de quadro próprio legalmente criado.

Por outro lado, a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, visando pôr fim a litígios judiciais, mediante acordos ou transações, concentrou apenas nas mãos do Advogado-Geral da União e dos dirigentes máximos dos entes da Administração indireta o poder de autorizar tais acordos. Fez ainda previsão, no seu esdrúxulo art. 3º, da possibilidade de concordância com pedidos de desistência da ação, “desde que o autor renuncie expressamente ao direito sobre que se funda a ação (art. 269, inciso V, do Código de Processo Civil)”. Dificultou, desse modo, a desistência de ações contra a União, e confundiu institutos: a desistência de ação e renúncia ao direito.

Posteriormente criou-se a Procuradoria-Geral Federal, órgão autônomo e vinculado à Advocacia-Geral da União, nos termos da Lei nº 10.480, de 2002 - art. 9º e seguintes, o qual assumiu a representação judicial das autarquias e fundações federais, função que passa a ser exercida com exclusividade por Procuradores Federais.

A seu turno, o art. 11 da Lei nº 10.549, de 2002 (conversão da Medida Provisória nº 43, de 2002), transformou os cargos de Assistente Jurídico da AGU em cargos de Advogado da União, extinguindo a carreira de Assistente Jurídico.

Como se vê o dispositivo, cuja constitucionalidade foi questionada no Supremo Tribunal Federal (STF) [ADI n. 2713 - Relatora Ministra Ellen Gracie, vencido o Ministro Maurício Corrêa e, em maior extensão, o Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 15 jul. 2008], unificou as duas carreiras, possibilitando o exercício das atividades tanto de contencioso como consultiva por seus membros – a nomenclatura do cargo passou a ser tão somente Advogado da União.

A extinção da Rede Ferroviária Federal S/A. acarretou sobrecarga de trabalho com vultoso número de processos da sociedade de economia mista finda. Essa tarefa coube à representação judicial da União, que sucedeu, judicialmente, a empresa extinta, nos termos do art. 2º, inciso I, da Lei nº 11.483, de 31 de maio de 2007.

Contudo, apesar dos percalços apontados, a Advocacia-Geral da União apresentou uma nova e mais apurada forma de representação judicial da União, sobretudo no que se refere às matérias não-fiscais. Aprimorou, de forma significativa, esse relevante serviço público, de modo a demonstrar uma defesa mais efetiva em juízo, inclusive em relação aos grandes escritórios de advocacia.

Vários concursos para a carreira inicial de Advogado da União foram realizados, reduzindo em aumento do quadro da referida carreira. Todavia, a própria instituição reconhece que a AGU ainda está em construção: “a *Advocacia-Geral da União*, porém, *continua em*

construção. O ideal a ser atingido – e todas as ações realizadas caminharam nessa direção [...]”⁶ (grifo do autor).

Por outro lado, a competência judicial da Advocacia-Geral da União é muito ampla, abrange diferentes áreas do direito, como, por exemplo, direito do trabalho, direito internacional e, até mesmo, direito penal. Aqueles que lidam com advocacia pública devem atuar com maior zelo do que qualquer outro operador do direito.

Ademais, como foi já dito, a representação judicial e extrajudicial da União, conferida à instituição, abrange todos os órgãos do Poder e as instituições no exercício de funções essenciais à justiça, conforme assevera o advogado da União, Rommel Madeiro de Macedo Carneiro:⁷

Vê-se, pois, que a Constituição Federal de 1988, ao conferir à Advocacia-Geral da União a representação judicial e extrajudicial da União está, em verdade, querendo dizer que não apenas o Poder Executivo está sujeito a tal representação, como também os demais Poderes da União e as instituições que exercem funções essenciais à Justiça.

Por conseguinte, para debelar os problemas apontados, tornam-se necessários estrutura (prédios públicos próprios e bem adaptados, equipamentos, computadores, dentre outros), quadro funcional adequado (maior número de Advogados da União e pessoal de apoio, submetidos a concurso, com quadro e carreira próprios), capilaridade da Instituição (criação de novas Procuradorias Seccionais no interior do Estado, sobretudo em Minas Gerais), haja vista a interiorização da Justiça Federal (vide art. 10 da Lei nº 9.028/95, com previsão de instalação de Procuradorias Seccionais da União, onde há varas da Justiça Federal).

Atualmente constata-se a insuficiência de estrutura e de pessoal. Além disso, falta interiorização de unidades da Advocacia-Geral da União, para atender à demanda judicial da pessoa jurídica de direito público interno.

A falta de investimento na representação judicial da União gera, sem dúvida, prejuízo ao erário; portanto, ao interesse público tutelado, ao controle de legalidade, à eficiência e moralidade na Administração Pública.

Nesse contexto pragmático, retomando o foco deste estudo, mostra-se inadequado o disposto no art. 22 da Lei nº 9.028/95.

Ora, de que maneira ampliar o já extenso leque de competência da Instituição, prevendo a representação judicial e extrajudicial de

6 VALENTE, op. cit., p. 9

7 CARNEIRO, Rommel Madeiro de Macedo. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 44-45.

diversos agentes públicos (agentes políticos e servidores públicos federais), como determina o art. 22 da Lei nº 9.028/95? A pergunta nos remete ao próximo item deste estudo, de modo a perquirir sobre a juridicidade desse dispositivo.

3 O ARTIGO 22, DA LEI Nº 9.028/95, EM COTEJO COM A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

A Advocacia Pública é, juntamente com o Ministério Público, a advocacia privada e a Defensoria Pública, uma das funções essenciais à justiça.

As funções essenciais à justiça (arts. 127 a 135 da Constituição de 1988) encontram-se no Capítulo IV, do Título IV, da Carta Magna brasileira. Tal título trata da Organização dos Poderes, pelo que alguns juristas, - diante de tamanho destaque constitucional, sobretudo nos primeiros anos de vigência do Estatuto Básico -, passaram a entender que as chamadas funções essenciais à justiça seriam um quarto Poder (ou, mais propriamente, órgão do Poder, pois o poder é uno e emana do povo), criado pelo constituinte, a par dos tradicionais - Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa tese não vingou, mesmo em relação ao Ministério Público, cuja independência e autonomia é expressa e detalhadamente prevista na Carta Política de 1988, aproximando-o muito do Poder Judiciário.

Conforme ensina a doutrina, de forma uníssona, todas as instituições públicas, juntamente com a advocacia privada, incumbidas de exercer as funções essenciais à justiça, necessitam de garantias de autonomia e independência, para bem desempenharem esse importante mister constitucional. Nesse sentido, com o intuito de conferir maior liberdade de atuação a tais instituições, bem como à advocacia privada, o legislador constituinte (em relação à CR/88) entendeu ser mais adequado tratar das funções essenciais à justiça em capítulo a parte, dentro do título da Organização dos Poderes.

Rommel Madeiro de Macedo Carneiro, com espreque em *Menestrina*, entende ser “salutar conferir a representação do Estado a uma única instituição, que congregue todos os advogados do Estado, numa estrutura autônoma em relação aos diversos órgãos estatais”⁸ (grifo do autor).

Sabe-se que o objeto da Advocacia Pública ou da Advocacia do Estado é, conforme ensina ainda Macedo, com fulcro na doutrina de Moreira Neto, “o patrocínio judicial e o aconselhamento jurídico do interesse público”⁹.

8 CARNEIRO, op. cit., p. 65.

9 CARNEIRO, op. cit.

No entanto, o art. 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 2005, determina uma espécie anômala de representação judicial, cuja autonomia e independência de quem a exerce fica, no mínimo, mitigada.

O interesse público perde relevo quando interesses políticos mesquinhos aliados a fortes interesses econômicos privados passam a se imiscuir, de forma indevida, na atuação da Advocacia do Estado, principalmente no que tange à Advocacia da União.

De mais a mais, considerando o contexto prático da Advocacia-Geral da União, apresentado no item anterior, mostra-se constitucionalmente desarrazoado acrescentar tamanha sobrecarga de trabalho, a exigir atenção redobrada de seus membros, inseridos em uma instituição que se encontra “*em construção*”.

O citado art. 22 foi influenciado pelo bem sucedido modelo de Advocacia do Estado (*Avvocatura dello Stato*) na Itália, como bem explica Rommel Madeiro de Macedo Carneiro, ao mencionar a atuação contenciosa da Advocacia do Estado italiana:

Existe, ademais, a possibilidade de a Advocacia do Estado assumir a representação e a defesa dos agentes públicos em processos civis ou penais, nos termos do art. 44 do RD de 30 de outubro de 1933, n. 1.611. Tal defesa abrange não somente agentes do Estado, mas também dos entes cuja representação possa ser assumida pela Advocacia do Estado. Conforme afirma *Belli* (1959, p. 670-677), a defesa dos agentes públicos por parte da Advocacia do Estado se dá por duas razões: a) impedir que a condenação judicial de tais agentes venha a prejudicar a defesa do Estado; b) dar aos referidos agentes a segurança necessária para o exercício de suas atribuições.¹⁰

Apesar do intuito louvável do legislador de se basear em um modelo de sucesso, a representação judicial de agentes públicos por parte da Advocacia do Estado brasileira não se mostra constitucional.

Ora, o art. 131 da Constituição do Brasil menciona a Advocacia-Geral da União como a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, *representa a União*, judicial e extrajudicialmente e presta consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo.

O dispositivo constitucional não deixa dúvida de que a representação judicial e extrajudicial, exercida pela instituição (Advocacia-Geral da União), compete exclusivamente à União.

A seu turno, o chamado órgão vinculado (Procuradoria-Geral Federal) exerce a representação judicial e extrajudicial da *longa manus* da

10 CARNEIRO, op.cit., p.66.

União, as autarquias e fundações públicas federais; logo, não há espaço constitucional para alargar a competência da Advocacia-Geral da União.

Ademais, o dispositivo legal, objeto do presente estudo, menciona a representação judicial de agentes públicos, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, *especialmente da União*. Isso significa que interesse público outro, que não o da pessoa jurídica de direito público interno, União, poderia estar albergado pelo artigo em comento, o que agrava a mácula de inconstitucionalidade antes apontada.

Carlos Souto menciona o seguinte:¹¹

A opção do legislador resultou da ocorrência de inúmeros casos em que o servidor público era processado em razão de ato legítimo praticado no exercício da função, e, ainda assim, por falta de previsão legal, via-se compelido a contratar advogado à sua defesa (SOUTO, 2000, p. 171).

Ora, o servidor público que praticou ato legítimo no exercício da função (ou no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, conforme texto legal) atuou em nome da União e não em nome próprio. Destarte, processualmente, a única legitimada a responder por tal ato é a União.

Na hipótese, cabe ao agente público processado indevidamente contratar advogado particular e suscitar ilegitimidade passiva *ad causam*, ou, não podendo arcar com honorários advocatícios, buscar auxílio junto à Defensoria Pública da União.

Ainda que consideremos a boa intenção do legislador, não podemos deixar de constatar ter o mesmo incorrido em inconstitucionalidade. Ferindo o princípio da isonomia, confere tratamento desigual a certos agentes públicos, em detrimento de outros servidores, como, por exemplo, de um agente da polícia federal, que, atuando em nome da União, é injustamente processado.

Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que:¹²

[...] por exercerem função, os sujeitos da Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, *qual tale* considerado, e muito menos dos agentes estatais [...]

11 SOUTO, op. cit., p. 171

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 90.

A bem do ordenamento jurídico brasileiro e da Advocacia do Estado, vale repetir a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “*violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma, a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos*” (id. ob. cit., p. 90).

4 CONCLUSÃO

A Advocacia-Geral da União é a grande defensora do interesse público primário na esfera federal, não constando de suas atribuições constitucionais a defesa em juízo ou fora dele de agentes estatais. Tão somente há uma relação da Advocacia Pública com seu “cliente” (Administração Pública), enquanto aparelho estatal, sem qualquer prejuízo à autonomia e independência da Instituição.

Sendo assim, por contrariar o art. 131, da Constituição do Brasil, bem como violar o princípio da razoabilidade, e principalmente do interesse público, insculpido na mesma Carta Política, o disposto no art. 22, da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, incorre em inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARNEIRO, Rommel Madeiro de Macedo. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

PENNA, Márcio Versiani. *Revista Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, a. 6, n. 62, p. 7112, abr. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, João Carlos. *A União Federal em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. *Breve histórico e evolução da AGU* (Advocacia-Geral da União). Disponível em <www.agu.gov.br/institucional/historia/historia.asp?aba=0>. Acesso em 15 jul. 2008.

A ADVOCACIA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Pedro Vasques Soares

*Advogado da União. Delegado da Associação Nacional dos Advogados da União em
MG. Coordenador do Grupo Temático Rede Ferroviária Federal SA da Procuradoria
da União no Estado de - MG. Integrante da Comissão de Advocacia Pública da
Ordem dos Advogados do Brasil Seção MG.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Advocacia Pública e Sua Normatização Constitucional; 2 Evolução dos Paradigmas Estatais 2.1 Estado Liberal de Direito.2.2 Estado Social de Direito; 2.3 Estado Democrático de Direito; 3 Elementos Principais do Estado Democrático de Direito; 3.1 Da Democracia Participativa; 3.2 O Diálogo e o Consenso; 3.3 Jurisdicção; 4 A Advocacia Pública do Estado Democrático de Direito Brasileiro; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Trata-se de sintético artigo destinado a analisar a adequação fática e jurídica da Advocacia – Geral da União, em sua dinâmica, ao paradigma do Estado Democrático de Direito consubstanciado pela Constituição Federal de 1988, saindo da normatização da Advocacia – Pública nas Constituições anteriores, passando pela evolução do Estado e suas principais características e chegando ao quadro jurídico atual, com a confrontação do que seriam os elementos do Estado Democrático de Direito e a Advocacia - Geral da União, no cumprimento de seu papel constitucional, em especial, com a atuação dos seus membros nas questões judiciais e extrajudiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública. Evolução do Estado. Constituição Federal de 1988. Elementos do Estado Democrático de Direito. Atuação da Advocacia Geral da União

ABSTRACT: This is a short article that analyzes the factual and legal conformity of the Advocacia-Geral da União (the Office of the General Counsel for the Federal Government), in its dynamic, with the paradigm of the Rule of Law adopted by the Federal Constitution of 1988. The starting point is the regulation of Public Advocacy in the previous Brazilian constitutions, followed by a study about the evolution of the State and its primary characteristics and finishing at the current legal framework, with the confrontation between the elements of the Rule of Law and the Advocacia-Geral da União, in the performance of its constitutional role, especially the work of its members in and out of court.

KEYWORDS: Public Advocacy. Evolution of The State. Federal Constitution of 1988. Elements of The Rule of Law. Work of the Advocacia Geral da União (The Office of The General Counsel for the Federal Government).

INTRODUÇÃO

Inserida no contexto do Estado Democrático de Direito Brasileiro, resta à Advocacia Pública Pátria demonstrar sua essencialidade quanto à formação e efetivação desse paradigma, atuando dentro do âmbito de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas, conforme os nortes axiológicos historicamente consagrados com a evolução social e política do Estado.

Assim, espera-se com o presente texto, longe de que seja um estudo aprofundado sobre o tema, demonstrar o papel da Advocacia Pública no atual estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, utilizar-se-á de pesquisa legislativa (constituições pátrias) e doutrinária, no que concerne ao quadro histórico constitucional brasileiro da Advocacia Pública e quanto aos estágios de evolução Estatal. Forte nesses contornos teóricos, buscar-se-á verificar a prática da Advocacia-Geral da União, com pesquisa em seus informes internos, notícias de sítio cibernético e outros, para que se conclua sobre sua adequação, como instituição, ao Estado Democrático de Direito.

Parte-se, então, da própria evolução constitucional da Advocacia Pública para a evolução dos Estados, fazendo-se rápido e objetivo histórico sobre o Estado Liberal e o Estado Social de Direito. Os elementos fundamentais destes, naquilo que se pode considerar avanço social e político, compõem também (evidentemente apreendidos sob a nova perspectiva da relação do Estado com o Cidadão e entre cidadãos), os elementos do Estado Democrático de Direito e, somados aos valores e finalidades consagrados no Texto Constitucional de 1988, tornam-se nortes imprescindíveis à correta configuração da Advocacia Pública.

Daí que, passando pela Teoria pós-positivista e forte numa percepção de democracia participativa e de consenso, como elementos verificadores da legitimidade da atuação Estatal, busca-se demonstrar que a Advocacia Pública, exemplificadamente na prática da Advocacia-Geral da União, adota procedimentos administrativos, tanto em atuação contenciosa como em consultiva, que refletem e colaboram para a efetivação do Estado Democrático de Direito.

1 A ADVOCACIA PÚBLICA E SUA NORMATIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Analisando-se os textos Constitucionais pré e pós-república, cabe ressaltar que a normatização constitucional da Advocacia Pública, como Advocacia de Estado por ente específico, somente surgiu mesmo com o texto de 1988.

Anteriormente, não existia a previsão constitucional da Advocacia de Estado por ente específico, cabendo lembrar que o papel de defesa do Estado cumpria ao Ministério Público, o que gerava famosa ambigüidade de atuação.

De fato, a mistura da defesa do Estado com a defesa da Sociedade gerava situações conflitantes dentro do próprio Ministério Público, em detrimento da eficiência, o que não podia prosseguir se o objetivo era efetivamente implementar um Estado Democrático de Direito. Daí a relevância da Constituição de 1988, a separar os entes responsáveis pela defesa do Estado (Advocacia pública) e pela defesa da Sociedade (Ministério Público).

A título de menção, veja-se que no Brasil Império, com a Constituição de 1824, não existia espaço para uma Advocacia de Estado, mesmo porque, à época, o Estado se confundia com a figura do Monarca.

Daí a previsão apenas de um Poder Moderador forte e um Poder Executivo promiscuamente misturado à figura do Imperador.

Veja-se:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 100. Os seus Titulos são “Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil” e tem o Tratamento de Magestade Imperial.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fôrma do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.

III. Sanccionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

CAPITULO II.

Do Poder Executivo.

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

São suas principaes attribuições

I. Convocar a nova Assembléa Geral ordinaria no dia tres de Junho do terceiro anno da Legislatura existente.

II. Nomear Bispos, e prover os Beneficios Ecclesiasticos.

III. Nomear Magistrados.

IV. Prover os mais Empregos Civis, e Politicos.

V. Nomear os Commandantes da Força de Terra, e Mar, e removellos, quando assim o pedir o Serviço da Nação.

VI. Nomear Embaixadores, e mais Agentes Diplomaticos, e Commerciaes.

VII. Dirigir as Negociações Politicas com as Nações estrangeiras.

VIII. Fazer Tratados de Alliança offensiva, e defensiva, de Subsidio, e Commercio, levando-os depois de concluidos ao conhecimento

da Assembléa Geral, quando o interesse, e segurança do Estado permittirem. Se os Tratados concluidos em tempo de paz envolverem cessão, ou troca de Territorio do Imperio, ou de Possessões, a que o Imperio tenha direito, não serão ratificados, sem terem sido approvados pela Assembléa Geral.

IX. Declarar a guerra, e fazer a paz, participando á Assembléa as communicações, que forem compatíveis com os interesses, e segurança do Estado.

X. Conceder Cartas de Naturalisação na fórma da Lei.

XI. Conceder Titulos, Honras, Ordens Militares, e Distincções em recompensa de serviços feitos ao Estado; dependendo as Mercês pecuniarias da approvação da Assembléa, quando não estiverem já designadas, e taxadas por Lei.

XII. Expedir os Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis.

XIII. Decretar a applicação dos rendimentos destinados pela Assembléa aos varios ramos da publica Administração.

XIV. Conceder, ou negar o Beneplacito aos Decretos dos Concilios, e Letras Apostolicas, e quaesquer outras Constituições Ecclesiasticas que se não oppozerem á Constituição; e precedendo approvação da Assembléa, se contiverem disposição geral.

XV. Prover a tudo, que fôr concernente á segurança interna, e externa do Estado, na fórma da Constituição.

Art. 103. O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Politica da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.

Art. 104. O Imperador não poderá sahir do Imperio do Brazil, sem o consentimento da Assembléa Geral; e se o fizer, se entenderá, que abdicou a Corôa.

A primeira Constituição Republicana, de 1891, também não previu um ente responsável pela defesa do Estado, mesmo porque incipiente a idéia de um Estado separado de seu Governante, o que não permitia desenvolver-se uma Advocacia de Estado.

As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 (e 1969) também não previram órgão autônomo responsável pela defesa jurídica do Estado, restando tal incumbência ao Ministério Público, o que, como dito, gerava situações institucionalmente conflituosas.

Realmente, foi a Constituição de 1988, forte em um paradigma de Estado Democrático de Direito, com elementos norteadores louváveis, como se verá, que, não somente reestruturou o Ministério Público como também retirou-lhe suas atribuições pertinentes à defesa do Estado, atribuindo-as a ente específico, qual seja, no âmbito da União, à Advocacia-Geral da União.

É o texto Constitucional:

Seção II

DA ADVOCACIA PÚBLICA

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

De fato, é essa a origem da normatização constitucional da Advocacia Pública independente no Estado brasileiro.

E, se assim o é, certo o é também que o Texto Constitucional buscou dar a essa Advocacia prerrogativas e atribuições dignas de um ente republicano do Estado Democrático.

Ou seja, em nosso sentir, intencionalmente a Carta de 1988 concedeu à Advocacia Pública papel constitucional essencial à caracterização do paradigma estatal que buscou implementar.

Assim, pois, é a Advocacia Pública, em sua existência, uma garantia fundamental à efetivação dos objetivos e princípios constitucionais, com reflexos positivos diretos nas prerrogativas e direitos dos cidadãos.

Resta analisar, em rápidas linhas, que paradigma seria este.

2 EVOLUÇÃO DOS PARADIGMAS ESTATAIS

Desde a sua origem, o Estado de Direito reflete a manifestação jurídica da democracia liberal. Entretanto, a evolução do Estado provocou a queda do liberalismo, implementando um paradigma redesenhado e conceituado como Estado Social de Direito, carente, em determinados contextos, de conteúdo democrático. Aprimorando-se o paradigma, surge o Estado Democrático de Direito, cuja tarefa primordial é romper as desigualdades sociais e regionais, por meio de um regime democrático capaz de promover a justiça social.

Assim, mostra-se claro que os elementos consubstanciadores do Estado Democrático de Direito também se compõem dos elementos sociais, políticos, econômicos e jurídicos dos estágios anteriores de

evolução Estatal, acrescentando este, porém, novos valores a caracterizar o avanço social decorrente da própria evolução histórica humana.

Certo é, então, que as instituições públicas integradoras da figura Estatal, conforme o paradigma em que inseridas, apresentam características a refletir os valores, objetivos e finalidades respectivos, necessitando, portanto, de nova leitura e configuração, se almejam adequadamente compor o Estado em que existentes e, no que é mais relevante, legitimamente exercer o poder sobre o cidadão.

Daí a lógica compreensão de que a Advocacia Pública de um Estado Democrático de Direito deve ter, como norte essencial em sua atuação, os elementos integradores do novo paradigma Estatal, sejam eles efetivamente novos, ou seja, os que já integravam os paradigmas anteriores, desde que devidamente apreendidos e ambientalizados conforme o estágio da evolução política social e econômica consagrado no Texto Constitucional.

Para que se perceba essa evolução no núcleo da Advocacia Pública, faz-se, então, necessário, verificar, em breve síntese, o que caracterizava o Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito.

2.1 ESTADO LIBERAL DE DIREITO

O Estado de Direito tem a sua origem no Estado Liberal de Direito, caracterizado pela submissão ao império da lei, divisão de poderes, enunciado e garantia dos direitos individuais.

Ressalte-se que a liberdade era o elemento primordial no contexto político e buscava dar ao direito o significado de garantia das liberdades individuais.

Contudo, o Estado Liberal de Direito apresentava significados ambíguos, com classificações divergentes quanto ao conteúdo material, podendo ser concebido como Estado de Justiça, no qual a Justiça é tida como um conceito absoluto, idealista e abstrato, cuja essência converge para o conceito do Estado Ético.

Nesse sentido, no Estado de Direito, a “liberdade” era negativa, ou seja, de proteção ou defesa em relação ao Estado.

Certo é, portanto, que a Advocacia Pública, da maneira que se podia compreender algum ente como tal à época, perfazia papel diminuto à caracterização do Estado, pois a pouca intervenção estatal em prol das liberdades individuais não favorecia qualquer atuação desta na seara judicial ou extrajudicial.

A história revelou, por fim, a insuficiência do Estado Liberal de Direito, cedendo espaço a um novo paradigma que se constituiu no Estado Social de Direito.

2.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO

A consolidação da percepção da necessidade de justiça social emerge como mecanismo de combate a inúmeras injustiças suportadas por movimentos sociais durante o Estado Liberal de Direito, dissolvido pelo seu individualismo, atos abstencionistas e ações neutralizantes.

Surge a conveniência de se acolher um conjunto de anseios sociais, na busca de se promover a justiça social por meio do Estado Social de Direito, afirmando-se o alcance dos direitos sociais.

No entanto, ainda que se admita que o Estado Social de Direito possua uma tendência a difundir situações de bem-estar generalizado, o que estimularia o desenvolvimento da pessoa humana, não há como negar a sua ambigüidade, posto que o próprio conceito de social congrega diversas interpretações (com registro de regimes políticos antagônicos, tais como a democracia e o fascismo), mostrando-se irrelevante para o Estado ser qualificado pelo social, quando, no cerne do sistema, deveria qualificar o Direito.

Daí, parecer correto afirmar-se que a Advocacia Pública inserida no contexto de Estado Social, apesar de apresentar maior relevância jurídica política - até como *longa manus* da atuação Estatal quando submetida questão à seara judicial, nessa etapa o Estado quer mostrar-se presente em quase todas as relações sociais - acabou incorporando o modo de atuação deste, desprestigiando o legítimo e isonômico procedimento legal na relação com o cidadão, impondo-lhe condutas e mostrando-se arbitrária, até mesmo por intermédio de leis formalmente válidas, mas materialmente não jurídicas, em claro afastamento ao Direito, como ciência de valores.

Nesse contexto, configurada a insuficiência do Estado Social de Direito, tornou-se relevante avançar e instituir um novo paradigma conceituado de Estado Democrático de Direito.

2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Frustrada a realização da igualdade promovida pelo Estado de Direito, fundada na generalidade das leis e inatingível pela ausência de base material, objetivou-se, como propósito de correção do paradigma, instituir o Estado Social de Direito, que, por sua vez, mostrou-se incapaz

de assegurar a justiça social e legítima participação democrática do povo no processo político.

Aprimorando-se o paradigma estatal, surge, mais recentemente, o Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa, promotor de uma sociedade democrática, capaz de instaurar e garantir um processo de efetiva incorporação do povo nos mecanismos de controle das decisões.

Assinale-se que o Estado Democrático de Direito, como exigência democrática para o exercício da cidadania, compreende um processo de convivência social numa sociedade livre, justa, solidária, participativa e pluralista, extrapolando o simples reconhecimento formal de direitos individuais, políticos e sociais para viabilizar a existência de fatores econômicos que favoreçam o seu pleno exercício, fundado na dignidade da pessoa humana.

A propósito, diz Carmem Lúcia Antunes Rocha (Antunes Rocha, 1994):

O 'império' da lei não tem mais lugar no Estado Democrático de Direito material, pois neste o que se adota é o 'Império da Justiça', sob cuja égide ainda se forma e se informa a ordem jurídica contemporânea. A 'legalidade' não é cogitada, pois, senão com o significado de ser aquela que veicula a materialidade da Justiça concebida e desejada pelo povo de um Estado, segundo suas necessidades e aspirações. A dimensão do Estado haverá que ser, pois, a desta Justiça realizadora do bem de todo o povo, da universalidade das pessoas que o compõem, mais, ainda, sem prejuízos graves ou fatais para toda a humanidade, pois não poucas vezes, agora, os interesses públicos não são apenas locais, mas transnacionais, como ocorre quando se cuida de meio ambiente, saúde e, especialmente, direitos humanos.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito assegura a realização do princípio da igualdade e da justiça, com a pretensão de obter a equalização das condições dos socialmente desiguais, fundamentando-se nos princípios da constitucionalidade, democrático, sistema de direitos fundamentais, da justiça social, da igualdade, da divisão de poderes, da legalidade e da segurança jurídica.

Assim, resta saber os contornos da Advocacia Pública nesse contexto, de modo pouco mais aprofundado, partindo-se dos elementos do Estado Democrático de Direito e da Teoria pós-positivista e de seus reflexos nas instituições públicas componentes da figura Estatal, como

a Advocacia – Geral da União, expressamente constitucionalizada como função essencial à Justiça.

3 ELEMENTOS PRINCIPAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

O conceito de democracia vem sofrendo uma nova alteração em sua dinâmica trajetória. O sistema representativo já não responde aos anseios da sociedade, e a democracia direta parece inviável. Como resultado, começa a se fortalecer o conceito de democracia participativa, com característica semidireta, ou seja, não desconsidera os representantes, mas aproxima a sociedade da arena decisória. De acordo com alguma doutrina, a democracia participativa passa a configurar-se como um *continuum* entre a forma direta e a representativa.

Tal marco conceitual deverá encontrar grande repercussão na Advocacia Pública. Assim, efetivar a democracia participativa no âmbito de atuação da atividade jurídica estatal representará traço forte de legitimidade ao ente com tal atribuição.

A título de exemplo, a Advocacia – Geral da União caminha nesse sentido, valendo ressaltar recente criação institucional que, ao mesmo tempo em que demonstra evolução tecnológica, evidencia a busca pela participação do cidadão na atividade judicial estatal. Trata-se do chamado “CANAL DO CIDADÃO”, ícone existente no sítio cibernético da Advocacia – Geral da União¹ em 2007, que permitia a todo cidadão interessado denunciar a atividade ilícita de jogos eletrônicos e bingos em sua cidade, motivando, e até mesmo obrigando, a atuação dos Advogados Públicos no combate judicial civil de atividades contrárias aos interesses da União e aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores.

Entretanto, e voltando ao campo doutrinário, é crucial, para se tratar qualquer tema ligado à democracia, no processo, estudar a teoria de Jürgen Habermas, fundada no princípio do discurso, pois sempre citado pelos estudiosos da matéria.

Desde que voltaram a ocupar o centro do debate teórico-político, no contexto cultural da modernidade, as idéias centrais do pensamento democrático têm tido, como contraponto fundamental, preocupações relacionadas com *limites de poder da maioria*, que tomam por base, em

1 Advocacia-Geral da União. *Canal do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 16 jun. 2008

especial, a necessidade de proteção de certos direitos que não devem estar submetidos à vontade ocasionalmente majoritária.

Uma das grandes questões sobre as quais os autores que tratam do tema buscam refletir diz respeito à legitimação do que se pode denominar “agentes de moderação”. É bastante problemático conciliar a teoria democrática com a existência de certos agentes estatais cuja função seja limitar o princípio majoritário. Pode-se obter essa legitimação através da previsão constitucional dos órgãos de controle, sendo essa a forma tradicional de legitimação do judiciário.

Nessa linha, não se permitiria que os ideais de sociedade se desvencilhassem de uma carga fática, em puro discurso abstrato ou filosófico. Da mesma forma, não se permitiria que a realidade perdesse as potencialidades ideais a que serve, em uma sociologia do direito estritamente descritiva. E é com base nesses fatos que se demonstraria a preocupação em não estudar a tensão entre faticidade e validade numa única orientação disciplinar, adotando-se, então, caráter nitidamente interdisciplinar.

Ainda nesse sentido, o respeito aos direitos fundamentais seria condição essencial do processo democrático, sendo que o próprio processo de concretização constitucional deveria ser democratizado.

Desse ponto, importante seria reconstruir o Direito, a partir da teoria do discurso, da razão comunicativa, através da participação efetiva dos cidadãos no processo de reconstrução e legitimação do Direito, com a chamada democracia participativa.

De qualquer forma, é justamente dessa visão de reconstrução do Direito a partir da participação efetiva dos cidadãos na construção e legitimação do próprio Direito, e, conseqüentemente, do Estado, que deve partir a Advocacia Pública em sua atuação.

Deve, pois, utilizar-se de mecanismos de intromissão direta do cidadão e assim obter o devido selo de ente público estatal alinhado com o paradigma do Estado Democrático de Direito, já que detentor de legitimidade em seu labor, restando, ainda, e neste ponto, imune a alterações ou subordinações casuísticas típicas da Política e do Governo.

3.2 O DIÁLOGO E O CONSENSO

Ainda segundo a teoria de Habermas, a argumentação jurídica tem como objetivo promover não apenas o convencimento do jurista, mas também o do homem comum. Nesse sentido teria de abrir mão de justificar apenas tecnicamente as decisões judiciais. Deve se valer, outrossim, de argumentos emergentes da realidade social; deve buscar

satisfazer as expectativas normativas geradas espontaneamente no espaço público.

Dai cogitar-se na aplicação da tópica na metodologia constitucional, tornando operativa essa convergência entre argumentos técnicos e “comuns”, o que geraria uma amplificação do rol de intérpretes da Constituição.

A teoria do discurso, assim, inclui-se no chamado paradigma pós-positivista, tanto no âmbito da filosofia geral quanto no campo da filosofia do direito. Representa uma resposta aos questionamentos surgidos originalmente no campo da epistemologia, relativos às condições e possibilidades de produção do conhecimento (que se construiu na modernidade sob a hegemonia das ciências naturais), mas busca também dar conta do impasse a que chegou o pensamento jurídico de tradição juspositivista.

Um dos pontos centrais da crítica habermesiana ao positivismo jurídico circunscreve-se ao fato de que o juspositivismo promove a exclusão do discurso prático da metodologia jurídica. Autores positivistas, principalmente aqueles filiados ao normativismo kelseniano, buscaram observar apenas a forma. Isso acabou excluindo a razão prática da atividade jurisdicional, para considerar o ato jurisdicional como ato de vontade.

E é nessa linha, evidentemente que limitada à natureza de suas atribuições, que a Advocacia Pública deve avançar, e já o faz, mais uma vez concentrando o exemplo na Advocacia-Geral da União. É que essa busca pelo “diálogo ideal” de Habermas se dá, ao que parece, em dois campos na Advocacia Pública - tanto no interno como no externo.

Pode-se denominar participação no diálogo externo pela Advocacia-Geral da União o papel desempenhado por esta, por exemplo, nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, que, mesmo delimitada, representa objetivamente os argumentos jurídicos racionais existentes a confirmar a presunção de constitucionalidade da lei, caracterizando relevante contraponto e colaborando para o diálogo necessário à definição da validade das normas do Estado Democrático de Direito, com reflexos diretos nas prerrogativas, garantias e direitos dos cidadãos.

A atuação da Advocacia-Geral da União na histórica 1ª Audiência Pública junto ao Supremo Tribunal Federal, realizada em 20.04.2007, tendo como tema discussão em torno da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República e que contesta dispositivos da Lei de Biossegurança, bem representa essa tentativa de

consenso através da racional e precisa discussão dos temas, a conferir mais legitimidade institucional ao ente.

Por outro lado, salutar experiência a tangenciar o diálogo no campo interno da Administração e, conseqüentemente, a configurar elemento institucional caracterizador de um ente conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito, se dá com a criação, em 2004, das *Câmaras de Conciliação e Arbitramento*, com o objetivo de resolver administrativamente as pendências entre órgãos e entidades federais para evitar que sejam levadas à Justiça.

Salienta-se o que foi noticiado no sítio cibernético da Advocacia-Geral da União²

Mesmo funcionando em caráter experimental, 52 questões foram levadas para discussão nas câmaras nos últimos três anos. Deste total, em 35 as negociações estão em andamento e 17 já foram resolvidas, sendo 12 por conciliação e cinco por arbitramento. Apenas em 2006, 26 casos chegaram às Câmaras de Conciliação e Arbitramento. O desfecho mais rápido ocorreu em 23 dias de negociações entre as partes e o mais demorado levou onze meses. Se os conflitos fossem levados ao Poder Judiciário dificilmente teriam uma solução definitiva em um prazo menor do que dois ou três anos. Além da rapidez, as câmaras evitam os custos da tramitação dos processos em juízo.

Uma vez definidos os pontos controvertidos, se as partes desde logo chegarem a um acordo, encerra-se a atuação da câmara. Caso não haja consenso, o assunto é levado à decisão por parecer a ser submetido ao advogado-geral da União, e, posteriormente, à aprovação do presidente da República, tornando-se vinculante para os órgãos e entidades da administração envolvidos. Se esse parecer for também publicado no Diário Oficial da União, passa a ter força de lei para toda a administração pública federal.

A idéia de fazer funcionar oportunidades de conciliação surgiu da evidência de que órgãos se digladiavam em juízo representando interesses que pertencem ao mesmo Poder. “Por definição, não é possível que dois órgãos públicos tenham propósitos ou finalidades tão opostos que não possam ser compatibilizados com o interesse público genérico a que ambos atendem”, disse o consultor-geral da União, Manoel Lauro Wolkmer de Castilho, encarregado na AGU de coordenar as câmaras.

² Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 12 jan. 2007

Em abril de 2005, o advogado-geral da União, ministro Alvaro Augusto Ribeiro Costa, recomendou às procuradorias de cada órgão da administração pública federal que evitem a judicialização dos conflitos entre a União e suas autarquias e fundações. A previsão é de que esta recomendação passe a ser uma obrigatoriedade em 2007.

Dá tal iniciativa representar forte indício da mínima adequação da Advocacia Pública aos parâmetros do Estado Democrático de Direito, conferindo-lhe, também, traço de legitimidade e relevância institucional.

3.3 JURISDICIDADE

Desde o início da formação da jurisdição constitucional, a legitimidade dos órgãos judiciais, para rever normas produzidas por órgãos legislativos, tem sido objeto de intensa polêmica. Via de regra, as críticas ao controle judicial da constitucionalidade, mormente aquelas baseadas no pensamento democrático, giram em torno do contraste entre a legitimidade conferida pelo povo, durante o processo eleitoral, aos órgãos legislativos e a alegada ilegitimidade de órgãos judiciários e cortes constitucionais não eletivos.

Em outras palavras, a estabilidade dos juízes impede que se reflita nos julgados a variação da vontade popular. (Bittencourt, 1997).

Nessa linha, Habermas ressalta que *a concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas* (Habermas, 1997) Para ele *o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador e a transmissão dessa competência para um tribunal constitucional implica uma fundamentação complexa*.(iden)

Essa concepção pode ser entendida em termos de diferenciação das funções estatais. Enquanto o legislador constrói a ordem jurídica, o juiz a reconstrói. O modelo proposto pelo autor é caracterizado como reconstrutivo. A função do magistrado é de reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido.

Por isso um passo importante no processo de identificação dos princípios se situa na investigação, por parte dos tribunais, dos conteúdos teleológicos (diretrizes) e princípios morais (princípios em sentido estrito) assimilados pelo legislador político.

Na concepção positivista, a forma jurídica pode se adequar a qualquer conteúdo, inclusive aos de grande irracionalismo. Além disso, o positivismo negligencia o fato importante de que os jurisdicionados possuem expectativas normativas em relação ao texto legal.

Para a efetividade social do direito, é importante não somente sua dimensão de validade (que se define como referência ao direito produzido pelas autoridades estatais), e o aspecto de coerção, que a acompanha. É necessário, também, que o direito seja legítimo, que as decisões possam ser aceitas pela comunidade de jurisdicionados. Dessa forma, a racionalidade do ordenamento jurídico é fundamental para legitimá-lo, provocando o assentimento espontâneo do grupo social atingido.

Nesse contexto, a essencialidade da Advocacia Pública, reconhecida pela Constituição da República Federativa do Brasil, reveste-se de especial importância no processo comunicativo de reconstrução e legitimação do Direito, quer no desempenho das atribuições de consultoria e de assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, a fim de se efetuar a compatibilização da política a ser implementada com as normas e princípios vigentes para a perfeita satisfação dos interesses públicos; quer na representação judicial e/ou extrajudicial da União nos termos do art. 131 da Constituição da República.

4 A ADVOCACIA PÚBLICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a Constituição de 1988 inseriu a Advocacia Pública do Capítulo referente às Funções Essenciais à Justiça, fazendo questão de distinguir as suas competências de outras instituições (Ministério Público e Defensoria Pública), num claro reconhecimento da relevância do seu papel para a consagração de valores essenciais ao Estado Democrático de Direito.

A Advocacia de Estado, no Estado Democrático de Direito, passou a assumir funções além daquelas pertinentes à mera defesa do Estado em juízo. Nesse ponto, é importante trazer à colação as lições de José Afonso da Silva (Silva. 2006, p. 45):

A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos direitos patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente, e veementemente, a defesa da moralidade pública que se tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido. Não é que essa defesa lhe espacasse antes do regime constitucional vigente. Mas, então, o princípio da moralidade tinha uma dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade. Agora não, porque a Constituição lhe deu sentido próprio e extensivo, e abrangente da ética pública. O

exercício de uma tal missão requer garantias específicas contra ingerências e contra atitudes mesquinhas de congelamento de remuneração.

Ademais, deve-se ter em vista que a Advocacia de Estado não se confunde com a Advocacia de Governo. Trata-se, sim, de um papel mais relevante, que guarda comprometimento com valores permanentes da sociedade e do Estado Democrático de Direito, como a Justiça e o respeito à Ordem Jurídica.

Dentro do novo rol de atribuições a cargo da Advocacia Pública, pode-se visualizar uma bipartição de suas funções em consultiva e contenciosa.

Na função consultiva, a atividade do Advogado Público assume o papel primordial de controle prévio da legalidade, ou seja, a verificação sobre a obediência da Administração Pública ao ordenamento jurídico. Como exemplo dessa atuação, pode-se citar a previsão contida na Lei 8.666, art. 38, parágrafo único, que dispõe que, nos processos de licitação, deve haver manifestação obrigatória da assessoria jurídica do respectivo órgão público.

Por se tratar de uma atuação eminentemente preventiva, a atividade consultiva da Advocacia Pública possui a função de evitar o aumento do número de demandas administrativas e judiciais, uma vez que a sua atuação possui um caráter pedagógico em face ao administrador. Assim é que ao Advogado Público compete verificar a compatibilidade das políticas sociais e econômicas em face da ordem constitucional, o que contribui para a observância dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, pode-se dizer que compete ao Advogado Público, no exercício deste relevante mister, o dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, bem como o aconselhamento dos agentes políticos, no intuito de que sejam adotados os atos destinados à afirmação dos valores jurídicos e democráticos tão pertinentes ao Estado Democrático de Direito. (Moreira Neto. 2005)

No que tange à atividade contenciosa, a Advocacia Pública também tem grandes objetivos a serem atingidos.

Em sua atuação judicial, os Advogados Públicos buscam resguardar o interesse público, patrimonial ou não. Sobre a questão, assim se manifesta Leonardo José Carneiro da Cunha (Cunha.2005, p. 78):

Com efeito, a Fazenda Pública revela-se como fautor do interesse público, devendo atender à finalidade da lei de consecução do bem comum, a fim de alcançar as metas de manter a boa convivência dos indivíduos que compõem a sociedade. Não que a Fazenda Pública

seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo.

A atuação dos Advogados Públicos em juízo não se orienta tão-somente pelo interesse pecuniário. Por meio dessa atuação, busca-se a manutenção e estabilidade da ordem jurídica, o cumprimento dos princípios constitucionalmente estabelecidos, bem como a viabilização das atividades administrativas.

Em função justamente desse amplo leque de atuação é que são conferidas à Fazenda Pública prerrogativas processuais, como os prazos em dobro.

Ademais, há que se ressaltar que não procede a argumentação simplista de que tais prerrogativas são privilégios sem fundamento. É que o ente público, além de ser o responsável pelo interesse público, está sujeito a uma burocracia própria da Administração Pública, o que dificulta o acesso a documentos e fatos imprescindíveis à atuação em juízo. Outrossim, o volume de trabalho imposto aos Advogados Públicos é sabidamente grande, haja vista que, diferentemente do que ocorre com os advogados particulares, um Advogado Público não pode recusar causas que lhe pareçam ingratas.

Com efeito, ante a relevância das funções atribuídas à Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito, impõe-se que seja feita uma nova compreensão da importância dessa instituição, como um instrumento da sociedade na consagração de valores consubstanciados pela ordem jurídica, bem como no controle dos atos administrativos.

Certo é, então, que a Advocacia Pública adota papel essencial na consolidação do Estado Democrático de Direito, vez que se apresenta como uma das formas de atuação prática e direta (*“longa manus”*) da figura Estatal na concretização de direitos fundamentais, além de representar garantia de harmonização e manutenção das estruturas e funções estatais.

Em suma, a Advocacia Pública Consultiva colabora com a boa versação do patrimônio público e com o respeito aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da legalidade administrativa (não-criação de direitos subjetivos sem respaldo legal), além do devido processo e do contraditório nos atos e processos administrativos.

Por outro lado, a Advocacia Pública Contenciosa defende a correta implementação dos direitos subjetivos, o que, em observância ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, garante a todos a solvência Estatal.

Ora, como se pode exemplificar com a atuação da Advocacia-Geral da União, busca-se garantir a correta e razoável implementação

de direitos, ou seja, o respeito à legalidade (no sentido de juridicidade e não de legalismo) e aos princípios constitucionais, e não só pelo Estado, mas também pelo administrado, que deve impedir as pretensões não legítimas justamente para que as legítimas tenham a certeza de sua implementação. E é isso que faz a Advocacia Pública Contenciosa.

Assim, ambas as faces da Advocacia Pública colaborariam com o respeito à juridicidade, ou seja, com a atuação Estatal justa, razoável e principalmente legítima, não só conforme lei, mas conforme princípios fundamentais do direito, consubstanciados expressamente ou não na Carta Constitucional, o que, por evidente, leva à integração e efetivação dos valores, finalidades e objetivos do Estado Democrático de Direito.

Frisa-se que a legitimidade da atuação da Advocacia-Geral da União, por exemplo, decorreria não só da expressa previsão constitucional (art. 5º, 37, 131 e 132 da CF/88), mas também do respeito à legalidade e ao devido processo legal e administrativo, com a garantia do contraditório, não só na investidura em seus cargos, mas também em sua atuação contenciosa ou consultiva.

Assim, a legitimidade decorre do justo, regular e razoável *procedimento* de formação do quadro de integrantes da Advocacia-Geral da União, através de concursos públicos de provas e títulos, nos termos do art. 37 da Constituição Federal de 1988,

Da mesma forma, há legitimidade quando de sua atuação democrática no contencioso, exemplificando-se com a existência da súmula de enunciados administrativos que impedem a interposição de recursos judiciais quando reconhecido o direito subjetivo, a tutelar a regular aquisição e implementação de direitos subjetivos, e também de sua atuação consultiva, com pareceres apresentados após a participação prévia dos interessados, indicando ao Administrador o correto caminho para a aplicação das normas e, por outro lado, opinando favoravelmente à pretensão do administrado, quando posta pretensão em face do Estado, a bem garantir a efetivação dos direitos e garantias consubstanciadas no Texto Constitucional.

Dá a essencialidade da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito, se compreendida e exercida conforme os nortes axiológicos do atual paradigma Estatal

5 CONCLUSÃO

Pode-se concluir, então, que os elementos formadores do Estado Democrático de Direito, consagrados pela Constituição Federal de 1988, compreendidos conforme o estágio de evolução política, social,

econômica e jurídica Estatal, devem representar norte de caracterização e atuação de todos os entes componentes do Poder Público.

Nesse contexto, a Advocacia Pública e, em especial, a Advocacia-Geral da União, somente apresentar-se-á apta a integrar e a contribuir para a efetivação do Estado Democrático de Direito, se adotar o regular procedimento, a participação democrática e o respeito às normas jurídicas, sejam regras ou princípios, no exercício de suas atribuições.

Adotando tais elementos como imprescindíveis à sua legitimidade no atuar público, como parece fazê-lo, a Advocacia Pública caracteriza-se, então, como função essencial à Justiça e, principalmente, como ente integrador e efetivador do Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, como legitimamente garantidora na prática contenciosa ou consultiva dos princípios constitucionais administrativos e da solvência estatal, ou seja, do interesse público primário e secundário, a Advocacia-Geral da União mostra-se essencial à efetivação dos objetivos da República (art. 3º da CF/88), à consolidação de seus fundamentos (art. 1º, especialmente quanto à dignidade da pessoa humana) e, conseqüentemente, essencial à consubstanciação do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia; *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994

BITTENCOURT, C. A L. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p.2.

BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro; MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. *A Advocacia-Geral da União como função essencial à Justiça*. *Revista de Direito e Política*, v. IV, p. 29-42, jan./mar.2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. De Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro..v.1.1997.

KIRSCH, César do Vale. A necessária participação da Advocacia-Geral da União no processo de políticas públicas . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4139>>. Acesso em: 28 ago. 2008

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Direito administrativo e pós-positivismo: a crise da legalidade e o império do Direito. *Revista da AGU* n° 6. Brasília: Centro de Estudos Victor Nunes Leal / Advocacia-Geral da União, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado Revisitada – Essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Revista Debates em Direito Público. Revista de Direito dos Advogados da União Ano IV, N° 4*. Campinas, Editora Millennium, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros 2006.

DA APLICAÇÃO IMEDIATA DOS NOVOS PLANOS ECONÔMICOS AOS CONTRATOS VIGENTES

Perylla Castro Martins Veiga

*Pós-Graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-MINAS)*

Sumário: Introdução; 1 Intervenção da União no domínio econômico; 2 Inexistência de direito adquirido a estatuto legal; 3 Os Planos Econômicos e a Teoria da Imprevisão: do direito adquirido do outro contratante; 4 Inaplicabilidade dos Planos Econômicos Inconstitucionais: o caso do Plano Brasil Novo; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A aplicação ou não dos novos planos econômicos aos contratos vigentes é tema que, ainda hoje, não encontra consenso entre os estudiosos. As freqüentes mudanças na economia, notadamente pelo advento da atual crise econômica mundial, e os reflexos que as medidas estatais tendentes a equilibrar o mercado geram nos pactos firmados, trazem o assunto novamente à baila.

Descabe o argumento de que a retroatividade mínima dos planos econômicos afrontaria os princípios do ato jurídico perfeito e do direito adquirido do pactuante, posto que, nos casos em que a norma instituidora do novo plano econômico modifica substancialmente o estatuto legal vigente, o contrato neste apoiado perde sua base, seu substrato, que é, no dizer de Roubier, a situação jurídica primária do pacto jurídico. Ademais, como sabido, inexistente direito adquirido a estatuto legal.

Assim, os princípios citados devem ser vistos de modo substancial, e não formal, ou seja, devem garantir às partes o reequilíbrio econômico inicial do trato. E nada obsta, mas ao contrário, recomenda-se, que o próprio Estado aplique a teoria da imprevisão no corpo da norma, por meio, por exemplo, da fixação de índices de deflação em caso de congelamento de preços, para assegurar a justiça econômica entre os contratantes.

Afinal, é dever da União intervir no domínio econômico, quando necessário à garantia dos direitos sociais e individuais. Trata-se, ademais, do exercício do atributo da soberania.

PALAVRA-CHAVE: Constitucional e Econômico. Planos Econômicos. Aplicação Imediata aos Contratos Vigentes. Intervenção da União no Domínio Econômico. Teoria da Imprevisão. Inexistência de Direito Adquirido a Estuto Legal

ABSTRACT: The application or non-application of the new economic plans to the in vigor contracts is a theme that, by now, is not a consensus among Law scholars. The frequent economic changes, especially due to the advent of the present world economic crisis, and the influence that the State rules issued to equilibrate the market have on the signed pacts prings this subject back to the stage.

The argument that the minimal retroactivity of the economic plans affront the principles of the juridical perfect act and of the covenanter acquired right is improper, once in those cases in that the institutive

norm of the new economic plan modifies substantantially the in vigor legal statute, the contract based on it loses its basis, its substratum, which is, according to Roubier, the primary status of the juridical pact. Besides, as it is known, it inexists acquired right as legal statute.

So the mentioned principles must be seen through a substantial and non-formal way, it means, they must guarantee to the involved agents the initial economic equilibrium of the tract. Nothing hinders, but, on the contrary, it is recommended that the State itself apply the Theory of the Imprevisibility to the norm, using, for instance, the fixation of deflation indexes in cases of fixation of prices, in order to assure economical justice among the contractants.

After all, it is duty of the Union to intervene in the economical domain when it is necessary to guarantee social and individual interests. It is beside inherent to the use of the attribute of sovereignty.

KEYWORDS: Constitutional and Economical Domains. Economic plans. Immediate application to the in vigor contracts. Intervention of the Union in the economic domain. Theory of Imprevisibility. Inexistence of acquired right as legal statute.

INTRODUÇÃO

O advento de um novo plano econômico do governo, quer seja pelo estabelecimento de nova moeda, quer pelo congelamento de preços para controle de inflação, com ou sem fixação de fator de deflação, quer ainda pela criação ou reajuste de índices de preços (INPC, IPCr, dentre outros), necessariamente atinge as relações comerciais, e por decorrência lógica, os contratos firmados, que são suas facetas jurídicas.

A criação do Real, nos idos de 1994, e o controle da inflação que lhe precedeu, estabilizaram sobremaneira a economia, diminuindo drasticamente o caos em que o país vivia com a mudança freqüente dos planos econômicos (que alteraram ou não a moeda corrente), assolado pelo descontrole inflacionário.

Apesar de este relativo controle já datar de cerca de quatorze anos, equivocam-se os que crêem não haver mais o citado fenômeno no Brasil. De fato, ante as últimas notícias veiculadas na mídia, poucos ainda mantêm esta opinião, sendo certo que a população já volta a se preocupar com a alta dos preços.

Destaque-se que a própria Constituição de 1988 (CR/88), em diversos dispositivos, tem em conta a presença constante da inflação, como ocorre nos arts. 201, §3º e 202, em que prescreve a correção monetária dos valores.

Neste sentido, o permanente receio de mudança no cenário econômico, com a conseqüente edição de planos de governo tendentes a controlar o mercado, mantém em voga a discussão acerca da aplicação da nova regra aos contratos já concluídos, cujos efeitos se protraíam no tempo – contratos de execução diferida.

Quando da publicação dos diversos planos econômicos da década de 80 e início da de 90 (Plano Verão, Collor, Bresser, dentre outros), o Supremo Tribunal Federal (STF) foi chamado a se manifestar sobre a constitucionalidade dos mesmos, ao atingirem os efeitos dos contratos já firmados.

Caso emblemático foi o julgado pelo Recurso Extraordinário (RE) nº 141.190-2/SP, em 14/09/2005, no qual, por maioria, venceu o entendimento de que o Decreto-lei nº 2.335/87, que instituiu o congelamento de preços e salários por 90 (noventa) dias e, em contrapartida, a tabela de deflação – “Tablita”, era constitucional, ainda que incidindo sobre os pactos já celebrados anteriormente à sua vigência.

O voto minoritário, contudo, ainda ecoa na Corte. Considerando-se que a formação do Supremo tem sido sensivelmente modificada nos últimos tempos, nada impede que, frente a novos casos semelhantes, a decisão seja outra.

E é neste cenário de incerteza econômica e jurídica que se insere o presente trabalho, o qual visa, ainda que em breves luzes, abordar as opiniões sobre a aplicação ou não dos novos planos econômicos aos pactos correntes, sob a ótica da doutrina e da jurisprudência mais autorizada.

1 INTERVENÇÃO DA UNIÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Por disposição constitucional, a União pode e deve intervir no domínio econômico, para defender os interesses da coletividade.

O sistema financeiro é o principal responsável pela criação e circulação de moeda e crédito. Fazendo a intermediação entre fontes (captação de recursos) e usos (aplicação de recursos) é capaz de promover investimentos, negócios, riqueza e, conseqüentemente, desenvolvimento. Entretanto, ao mesmo tempo em que é capaz de promover riqueza e desenvolvimento, o sistema financeiro pode precipitar crises ou até mesmo gerá-las. Pode também ser utilizado

para o financiamento de atividades ilícitas, como tráfico de drogas, terrorismo, lavagem de dinheiro, corrupção, evasão fiscal, etc. Por isso o sistema financeiro é tão fortemente regulado em todo mundo. (FLORENZANO, 2004, p.15)

Assim, ao contrário do que se pensava outrora, o mercado não se rege por si só, sem que conduza uma imensa maioria ao prejuízo financeiro, em vantagem de poucos. Como ensina João Bosco Leopoldino da Fonseca,

[...] à racionalidade do mercado, centrada sobre o interesse exclusivo do indivíduo, substitui-se por uma racionalidade social, que procura concretizar os interesses do grupo social, no pressuposto de que se estaria propiciando um equilíbrio em que todos os indivíduos viessem a ser beneficiado. (FONSECA, 1999, p. 253-254)

Nesta seara, opera o direito econômico como verdadeira garantia da implementação dos direitos sociais e individuais, e em observância ao princípio régio da dignidade da pessoa humana.

No dizer de Cernelutti, quanto mais Economia mais Direito, ou seja, quanto mais escassos ficam os bens – mais econômicos – pelo adensamento da população e pela exacerbação dos interesses sobre eles, maior a quantidade de normas jurídicas necessárias para regular aqueles interesses. (NUSDEO, 2005, p. 20)

As políticas econômicas do governo, quando observam as prescrições constitucionais e infraconstitucionais, projetam-se em busca da redução das desigualdades sociais e, portanto, não podem ser descumpridas sob a alegação de prejudicarem interesses particulares.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ilmar Galvão, relator do acórdão citado, neste particular menciona um julgamento americano, que tratou de matéria semelhante, no qual o ATTORNEY-GENERAL CUMMINGS, em aplicação ao princípio constitucional da soberania, afirmou que “a autoridade para cunhar moeda e regular o seu valor é um atributo da soberania, que não pode ser restringido por um contrato privado nem subordinado à força vinculatória de obrigações pessoais.” (BRASIL, 2005, p. 421).

É certo que, geralmente, novos planos econômicos são lançados em momentos de crise financeira, quando, em regra, alguns estão a lucrar em razão do descontrole alheio. É certo também que, ante a situação de lucro ostensivo, o indivíduo não aceite a regulação do mercado pelas novas políticas econômicas implementadas, tendendo a valer-se do Judiciário para reaver de suas perdas.

Em juízo, sustenta-se a tese de que os novos planos econômicos não podem atingir os contratos vigentes, em respeito aos princípios do *pacta sunt servanda*, do direito adquirido e da irretroatividade da lei. Os argumentos dividem os juristas, que se debatem em terreno instável.

2 INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A ESTATUTO LEGAL

Para a corrente que não aceita a retroatividade mínima ou mitigada dos novos planos econômicos, a norma que o veicula, ao atingir os pactos já firmados, estaria a desrespeitar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido do contratante.

Neste sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior:

O certo é que, nos últimos tempos, com a perda do controle da Administração sobre a espiral inflacionária, freqüentes têm sido as investivas do Governo no terreno da correção monetária negocial. Ora se eliminam índices oficiais, ora se proíbem temporariamente a atualização de preços, ora se impõem parâmetros e índices como os únicos aceitáveis. (THEODORO JÚNIOR, 1992, p. 9)

E completa:

Se é certo que, em nome do interesse público, o Estado tem a força de orientar e limitar os contratos futuros, o mesmo não se passa com aqueles negócios concluídos antes da lei nova e sem nenhuma infringência do Direito vigente ao tempo da respectiva pactuação. É que, entre nós vigora, entre as garantias fundamentais, a intangibilidade do ato jurídico perfeito. (THEODORO JÚNIOR, 1992, p. 9)

Ademais, esta corrente a que se filia o autor ainda rebate o argumento contrário que sustenta que a norma não poderia ser tida por retroativa, por atingir apenas os efeitos do ato, e não o ato em si, afirmando que alcançar os efeitos é o mesmo que alcançar o próprio ato, no que ambos não se diferem.

A nova norma, assim, segundo seu entendimento, representaria risco ao postulado da segurança jurídica, o que lhe acarretaria sua inexorável inconstitucionalidade, por ferir cláusula pétrea.

Neste mesmo sentido, afirmou o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Celso de Melo, em seu voto que:

A cláusula constitucional de salvaguarda do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada – exatamente porque veiculada em típica norma de sobredireito – visa dar concreção e efetividade à necessidade de preservação da segurança das relações jurídicas instituídas e validamente estabelecidas sob a égide do próprio ordenamento positivo. (BRASIL, 2005, p. 448)

Os filiados à corrente descartam a tese que diferencia a aplicação imediata da norma de ordem pública em contraposição à norma dispositiva, argumentando que, sendo o princípio da irretroatividade da lei de índole constitucional, não pode o intérprete operar a distinção entre a natureza dispositiva ou pública da norma ordinária, se a Constituição, ao estabelecer o princípio citado, não o fez. Além disso, destacam a dificuldade de se distinguir com precisão o que seria dispositivo e o que seria imperativo.

Todavia, a solução do problema não passa por aí.

Ocorre que, diferentemente do que entende a corrente doutrinária mencionada, inexistente direito adquirido a padrão monetário, que se estabelece por lei estatutária, pois, como se sabe, inexistente direito adquirido a regime jurídico.

Deveras, o cerne do problema está em se saber se a norma instituidora do novo plano econômico modifica substancialmente o estatuto legal vigente, retirando-lhe, neste aspecto, o seu próprio substrato. Neste tocante, ensina Roubier, citado pelo Ministro Ilmar Galvão em seu voto:

Compreende-se de logo porque o estabelecimento de um novo estatuto legal pode afetar os contratos em curso: isto se deve a que o estatuto legal constitui a situação jurídica primária, ao passo que o contrato constitui a situação jurídica secundária, que é construída sobre a primeira: as modificações introduzidas na primeira repercutirão sobre a segunda. Assim, quando a lei modifica as instituições jurídicas, quando ela estabelece um novo estatuto legal, os contratos que estavam apoiados num estatuto diferente ficam sem apoio; eles deverão ser modificados ou corrigidos, ou ainda, se não há outra solução, deverão desaparecer. Mas seria incompreensível que construções artificiais, edificadas por uma atividade jurídica abstrata, pudessem manter-se, enquanto seu alicerce concreto, e os elementos de fato em que o direito deve fixar suas raízes, houvessem desaparecido. (BRASIL, 2005, p. 413-414)

O raciocínio levado a efeito pelo autor deslinda a controvérsia.

Para exemplificar, cite-se o caso concreto julgado pelo RE nº 141.190-2/SP, em que o recorrente alega ser-lhe devido acréscimo monetário em razão de investimento bancário conhecido como CDB, com valor de resgate pré-fixado. Na operação, o banco pactuou com a empresa recorrente que lhe pagaria, em data marcada, valor tal correspondente ao rendimento do investimento em decorrência do transcurso do prazo fixado, considerando-se a incidência de elevada inflação existente à época. Neste ínterim, sobreveio o Decreto-lei nº 2.335/87, estabelecendo o congelamento dos preços (estancando, pois, a inflação do período), e, em contrapartida, instituindo a tabela de deflação conhecida por “Tablita”.

Ora, o cálculo matemático é simples: o banco prometeu a entrega de certa soma monetária à empresa, tendo em conta a inflação reinante. O governo paralisa esta última, congelando os preços. A instituição bancária, portanto, ao reempregar a soma depositada pela empresa, não alcançaria lucros proporcionais aos que seriam alcançados por esta última, se mantido fosse o contrato entre ambos, pois a inflação do período era nula. Por outro lado, a empresa, como qualquer outra pessoa física ou jurídica do país, também não sofreu os efeitos da inflação neste lapso, em razão da aquisição de bens ou serviços.

Sabendo disso, e para equilibrar os prejuízos causados pelo congelamento, o governo lança o índice de deflação, possibilitando o reequilíbrio dos cálculos. *In casu*, a empresa recorrente, ao receber, no fim do contrato, valor monetário aquém do pactuado, sustenta seu direito de receber a quantia apazada, em respeito a suposto ato jurídico perfeito, com o que concordam os ministros do STF que votaram minoritariamente pela inconstitucionalidade do decreto-lei.

Contudo, pelos esclarecimentos de Roubier, o contrato citado como exemplo, após o congelamento dos preços, se não se utilizar da Tablita, cai em um vazio jurídico, pois a situação fática que lhe deu causa simplesmente não existe mais.

Clássico é o ensinamento de hermenêutica que diz que a interpretação não pode conduzir-nos ao absurdo. E a tese sustentada pelo voto minoritário, no caso, leva justamente ao artificialismo.

Ora, frente ao fenômeno inflacionário, cabe ao governo federal, por disposição constitucional, intervir na economia, de sorte a controlá-la. Os pactuantes, por sua vez, ao firmarem seus tratos, levam em conta o cenário econômico contemporâneo, que age como elemento condicionante do ato. A drástica modificação deste cenário, pela instituição de novo plano econômico, se não acompanhada do elemento reequilibrador correspondente, cria situação injusta ao outro

contratante. Obrigá-lo a cumprir o trato, nos termos avençados, pela alegação de observância aos princípios do ato jurídico perfeito e do *pacta sunt servanda*, é o mesmo que fazer do Direito um fim em si mesmo, e não um meio de solução dos conflitos. É dar ao contrato, como instrumento jurídico, prevalência superior à troca de valores materiais nele inserida. E é, em última instância, negar o próprio Direito, afastando-o do ideal de justiça, para resumi-lo ao mero tecnicismo.

Afinal, lembra Eros Roberto Grau que “o tratamento do tema da ordem econômica reclama, do estudioso do direito, o desenvolvimento de análise não exclusivamente dogmática, mas funcional.” (GRAU, 2006, p. 15).

3 OS PLANOS ECONÔMICOS E A TEORIA DA IMPREVISÃO: DO DIREITO ADQUIRIDO DO OUTRO CONTRATANTE

A mesma tese de ofensa a direito adquirido utilizada pelos que discordam da aplicação imediata dos novos planos econômicos aos contratos em curso, em casos como o exemplificado, poderia ser utilizada pelos que defendem a sua incidência, porém, em referência ao outro contratante.

No julgamento mencionado, como dito, afirmam os ministros que votaram pela inconstitucionalidade do decreto-lei que a empresa recorrente teria direito à quantia pactuada, posto que o pacto fora livremente firmado pelo banco.

No entanto, somente se pode falar em direito adquirido dos contratantes em terem mantidas as circunstâncias iniciais que envolveram o trato, ou, acaso estas fossem modificadas por fato alheio à sua vontade, como deveras foram, pode-se falar, então, em direito adquirido ao ajuste das condições iniciais à nova realidade econômica que se apresenta.

Trata-se, por conseguinte, da aplicação da teoria da imprevisão, já largamente difundida em nosso meio. O novo plano econômico é *factum principis*, e enseja a readequação das novas condições do contrato, que são o substrato fático em que este se apóia.

Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, em contraposição a este entendimento, afirma:

O certo, porém, é que a norma de ordem pública intervencionista, que rege as relações negociais de direito privado, - entre particulares, exclusivamente, e com prazo determinado, - para que possa ter eficácia, há de se revestir de lógica jurídica. E até mesmo o “Fato do Príncipe” inexistente diante da inconstitucionalidade da norma, pois de nenhuma eficácia. (NOGUEIRA, 1992, p. 30)

Contudo, não se trata de observar o direito adquirido da parte que passou a lucrar com as novas circunstâncias fáticas, mas do respeito ao direito adquirido do outro contratante de ver-se restituído ao *status quo*.

Neste diapasão, a solução da questão, de índole constitucional, dá-se pelas mesmas cláusulas pétreas do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. A diferença entre os argumentos, então, estaria no formalismo/nominalismo da corrente contrária, que sustenta dever ser mantido o contrato, nos exatos termos financeiros iniciais, ao passo que, para os que entendem pela aplicabilidade imediata do novo plano econômico, mais vale o conteúdo do que a forma, restituindo-se as partes contratantes ao reequilíbrio inaugural.

Interessante observar, ainda, que o próprio legislador adiantou-se ao magistrado, consertando, no corpo da própria norma (do decreto-lei, *in casu*), as condições econômicas que derivariam do congelamento de preços, por meio da instituição da tabela defladora. Atendeu, com isso, o objetivo maior da norma de pacificação social, impedindo o estrago que a medida de fato provocaria, se não acompanhada do índice de deflação, ainda que o seu intento primordial fosse o de estancar a inflação vigente. Procurou evitar, assim, que os prejudicados pelas novas circunstâncias econômicas necessitassem buscar socorro no Judiciário, para reaverem suas perdas.

A técnica legislativa utilizada não foi inédita. Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz outro exemplo de inserção da teoria da imprevisão dentro do próprio texto da norma:

No entanto, é certo que o Decreto-lei nº2.300 incorporou, implicitamente em seu texto, a aplicação da teoria da imprevisão, ao permitir a alteração do contrato, por acordo das partes 'para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato (art.55, II, d). (DI PIETRO, 2006, p. 288)

Neste sentido, além do argumento esposado alhures de que o novo estatuto legal altera o próprio substrato do contrato, relação jurídica que lhe é adjacente, retirando-lhe a base em que se apóia, também a aplicação da teoria da imprevisão permite a incidência imediata do novo plano econômico aos pactos vigentes, em casos como o do Decreto-lei nº 2.335/87.

4 INAPLICABILIDADE DOS PLANOS ECONÔMICOS INCONSTITUCIONAIS: O CASO DO PLANO BRASIL NOVO

Sendo o novo plano econômico inconstitucional, por óbvio não terá aplicabilidade, nem imediata nem posterior, às relações jurídicas instituídas.

Exemplo clássico foi o Plano Collor, ou Plano Brasil Novo, que, já sob a égide da atual Constituição da República (CR/88), implementou o maior confisco patrimonial do país, em afronta acintosa ao rol dos princípios sustentados pela própria CR/88.

Sobre o mesmo, relembra Manoel Jorge e Silva Neto:

Em 1990, logo no primeiro dia do exercício do seu mandato, o Presidente Fernando Collor de Mello instituiu o Plano Brasil Novo, desencadeando o maior aperto de liquidez jamais presenciado na história da economia mundial, por via de confisco de ativos financeiros depositados em conta corrente ou mesmo em caderneta de poupança. (SILVA NETO, 2001, p. 54)

E continua:

Com efeito, além da garantia individual quanto ao exercício do direito de propriedade, diversas outras cláusulas constitucionais assecuratórias de direitos fundamentais dos indivíduos foram menosprezados quando da edição do Plano Collor.

Assim é que, certos quanto ao recurso ao Poder Judiciário por parte de todos os indivíduos que tiveram haveres financeiros confiscados pelo plano econômico, decidiu o governo pela inclusão de norma proibitiva de concessão de liminar cujo objeto fosse exatamente o desbloqueio dos cruzados novos e sua conversão para o padrão monetário da época.

O art.5º, XXXV, da Constituição estatui que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’, convertendo-se, nesse passo, no dispositivo constitucional materializador do princípio da inafastabilidade do controle judicial, da universalidade da jurisdição ou, simplesmente, do direito de ação. (SILVA NETO, 2001, p. 55)

Adiante, conclui:

É óbvio – e constatação que prescinde até de considerações mais técnicas sobre o tema – que o planejamento econômico, guardado sob rigoroso sigilo e tendente a colher de surpresa o sistema econômico, não poderá ultrajar garantias constitucionais básicas, como as relativas ao direito de ação, ao direito de propriedade, ao devido processo legal, etc.. (SILVA NETO, 2001, p. 55).

Deveras, não há que se falar, como dito, nem em aplicação imediata, nem em aplicação posterior de plano econômico que desrespeita os princípios constitucionais e desconhece, por completo, o Estado Democrático de Direito.

Cabe citar o mestre português, que neste tocante ensina:

A democraticidade consiste na tentativa de co-responsabilizar, amiúde por meios informais, pela planificação, um conjunto o mais extenso possível de sujeitos económicos socialmente representativos, não só estatais como também não estatais. (MONCADA, 1988, p. 410)

O Plano Brasil Novo mais se assemelhou às atitudes monárquicas da Idade Média, ou ao comportamento dos imperadores romanos, ainda na Idade Antiga, épocas nas quais os “súditos” não possuíam quaisquer garantias frente ao poder estatal, vendo-se despojados à força de seus bens.

De toda sorte, o tópico somente sofreu abordagem afim de se efetuar a distinção entre os planos econômicos que não podem incidir sobre os contratos (vigentes ou futuros), daqueles que, por cumprirem as prescrições constitucionais e infraconstitucionais, possuem aplicação imediata sobre os pactos firmados, pelos fundamentos já expostos nos tópicos anteriores.

5 CONCLUSÃO

A economia muda rapidamente. O Direito que a rege, nem tanto. Mas cabe ao Estado tentar controlar os novos cenários econômicos que se apresentam, impedindo que injustiças se estabeleçam ou se perpetuem, por meio da criação de novos planos tendentes a supostamente equilibrar o mercado.

As normas que veiculam ditos planos podem ou não ser constitucionais, pela observância ou inobservância dos preceitos da Lei Régia.

Sendo respeitados os princípios, notadamente os que garantem o direito de ação, o direito de propriedade, a segurança jurídica e, acima de todos, a dignidade da pessoa humana, não há que se falar em inaplicabilidade imediata dos novos planos econômicos aos contratos vigentes.

Nem mesmo na seara do direito privado o princípio do *pacta sunt servanda* possui a força de outrora.

Os princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, por sua vez, não podem ser vistos de modo formalista, nominalista, mas de modo substancial, garantindo às partes o reequilíbrio inicial do contrato, ao invés de assegurar a um contratante a obtenção de lucros desarrazoados, em função da exigência do cumprimento do trato nos termos em que firmado *a priori*, ainda que as circunstâncias fáticas tenham sido sensivelmente alteradas pela edição de novo plano econômico.

O cenário econômico, portanto, atua como elemento propulsor do contrato, que se apóia na lei do plano vigente. Modificada esta, há que se modificar aquele, posto que a lei do plano, como lei estatutária que é, fornece o substrato, a *situação jurídica primária*, no dizer de Roubier, ao pacto jurídico.

E nada obsta que o legislador aplique a teoria da imprevisão no próprio texto da norma. Ao contrário, a conduta é mesmo recomendada, em cumprimento ao escopo de pacificação social da lei, demonstrando maturidade por parte do legislador brasileiro que, em outros tempos, sempre necessitou que o Poder Judiciário viesse a corrigir seus erros.

O controle da economia pela edição de novo plano é exercício do atributo da soberania, garantido pelo princípio constitucional de mesmo nome, insculpido no art. 1º, inciso I, da Constituição de 1988. Descabe, portanto, opor à norma interesses unicamente particulares, sob pena de se caminhar na contramão do Estado Democrático de Direito, no qual todos devem contribuir com sua cota de participação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE141190-2/SP. Relator Ministro Ilmar Galvão. Set.2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 de jun. 2008.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2006.

FLORENZANO, Vincenzo. *Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito*. São Paulo : Textonovo, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo : Malheiros, 2006.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra : Coimbra, 1988.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. *Reflexões sobre a inconstitucionalidades das “tablitas” dos planos econômicos*. Ano 81. v.676, São Paulo : Revista dos Tribunais ,1992.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005. P.20.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direito constitucional econômico*. São Paulo : LTR, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e a interferência estatal no domínio econômico*. ano 81, v.675, São Paulo : Revista dos Tribunais,1992.

O PAPEL CONSTITUCIONAL DAS FORÇAS ARMADAS E O ACESSO DO MILITAR AO PODER JUDICIÁRIO

Renata Ricarte Domiciano Ferreira

Advogada da União, em exercício na Procuradoria da União -MG

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná,

e em Letras pela Universidade de São Paulo.

Pós-Graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-MINAS)

SUMÁRIO: Introdução; 1 A eficácia da norma inserta no artigo 51, § 3º da Lei nº 6.880/80, em recentes julgados; 2 O papel constitucional das forças armadas e o acesso do militar ao poder judiciário; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Assunto polêmico e tormentoso, sobretudo, no âmbito da Administração Pública castrense, tem sido a aplicabilidade do artigo 51 § 3º, da Lei nº 6.880/80, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares. O referido artigo contém regra específica, que condiciona o uso da via judicial pelo militar que se julgue prejudicado, à prévia exaustão de todos os recursos administrativos. A controvérsia jurídica comumente encontrada diz respeito à recepção ou não da norma, em referência, pela ordem constitucional inaugurada em 1988, em razão do disposto no art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Contudo, a questão não é tão simples quanto parece. Partindo-se dos demais dispositivos constitucionais aplicáveis à espécie – todos princípios definidos pelo constituinte originário – cumpre ao operador jurídico não mitigar os valores albergados pela própria Constituição Federal de 1988. Ademais, não se trata de simples esvaziamento da eficácia do direito fundamental à ação e do princípio do amplo acesso ao judiciário. Ao contrário, a provocação administrativa não conflita, por si só, com o princípio da universalidade da jurisdição, uma vez que sua efetivação não prescinde do preenchimento das limitações ínsitas ao exercício de ação.

PALAVRAS-CHAVE: Militar. Estatuto dos Militares. Recurso administrativo. Recepção.

ABSTRACT: Subject controversial and stormy, particularly in the context of Public Administration castrense has been the applicability of Article 51 § 3 of Law No. 6880/80, which provides for the Regulations of the Military. This article contains a special rule that restricts the use of the judicial process by the military, believed to be harmed by the prior exhaustion of all administrative remedies. The legal dispute commonly found with regard to receipt or not the norm reference for the constitutional order founded in 1988, due to the provisions of art. 5, XXXV: “The law does not exclude consideration of the Judiciary injury or threat to law.” However, the question is not as simple as it seems. Starting from the other constitutional provisions applicable to the species - all the principles defined by the original constituents - meets the operator does not mitigate the legal values encompassed by the Constitution of 1988. Moreover, it is not easy emptying of the effectiveness of the fundamental action and the principle of wide access to the judiciary. Instead, the administration does not conflict provocation in itself, with the principle of universal jurisdiction, since its effectiveness does not obviate the fulfillment of the innate limitations of the financial action.

KEYWORDS: Military. Staff of the Military. Appeal. Front.

INTRODUÇÃO

Assunto polêmico e tormentoso, sobretudo, no âmbito da Administração Pública castrense, tem sido a aplicabilidade do artigo 51 § 3º, da Lei nº 6.880/80, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares. O referido artigo contém regra específica, que condiciona o uso da via judicial pelo militar que se julgue prejudicado, à prévia exaustão de todos os recursos administrativos.

Dispõe o preceito normativo:

Art. 51. O militar que se julgar prejudicado ou ofendido por qualquer ato administrativo ou disciplinar de superior hierárquico poderá recorrer ou interpor pedido de reconsideração, queixa ou representação, segundo regulamentação específica de cada Força Armada.

§ 1º O direito de recorrer na esfera administrativa prescreverá:

em 15 (quinze) dias corridos, a contar do recebimento da comunicação oficial, quanto a ato que decorra de inclusão em quota compulsória ou de composição de Quadro de Acesso; e

b) em 120 (cento e vinte) dias, nos demais casos.

§ 2º O pedido de reconsideração, a queixa e a representação não podem ser feitos coletivamente.

§ 3º *O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado (grifo nosso).*

A controvérsia jurídica comumente encontrada decorre da análise das seguintes ponderações:

- 1 A primeira, e mais comum de ser encontrada, diz respeito à recepção ou não da norma, em referência, pela ordem constitucional inaugurada em 1988, em razão do disposto no art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”
- 2 Outra norma constitucional invocada para sustentar a tese da não recepção do art. 51, § 3º da Lei 6880/80, consiste no

princípio da isonomia, que estaria quebrado ante a criação de clara distinção entre civis e militares.

- 3 Conseqüentemente, fala-se, ainda, acerca da ilegalidade da punição imposta por transgressão militar decorrente da infringência ao art. 51, § 3º.
- 4 Outra questão é aquela afeta à natureza da expressão “todos os recursos administrativos”. Para alguns, tal expressão abarcaria a figura do denominado “pedido de reconsideração”, sendo possível o ingresso em juízo, depois de exauridos todos os pleitos administrativos cabíveis. Para outros, a expressão abarca tão-somente o esgotamento dos recursos administrativos que não compreendem o pedido de reconsideração. Tal distinção teria importância, sobretudo, em face do prazo decadencial a ser observado para a impetração do mandado de segurança.
- 5 Ainda, a expressão “deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado” limitaria o amplo acesso ao judiciário, garantido pelo art. 5º, XXXV da CF/88.

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, considerando, sobretudo, as limitações do presente trabalho, que não comporta maiores aprofundamentos, buscar-se-á, tão somente, questionar as costumeiras certezas jurídicas que apontam para a tese de sua não-recepção e sempre voltam à tona na aplicação desse dispositivo legal.

1 A EFICÁCIA DA NORMA INSERTA NO ARTIGO 51, § 3º DA LEI Nº 6.880/80, EM RECENTES JULGADOS

A par de alguns (pouquíssimos) estudos doutrinários, que asseveram a não recepção do artigo 51, § 3º do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80), em face do que preceitua a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, esse não tem sido o mais recente posicionamento dos nossos Tribunais.

A mais moderna jurisprudência, assim, nunca se manifestou de maneira cabal. Ao contrário, o preceito legal, inserto no art. 51, § 3º do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80), tem servido de fundamento basilar em recentes julgados, o que denota sua patente eficácia normativa.

Emblemático, nesse sentido, é o Acórdão proferido pelo Superior

Tribunal de Justiça, em 11 de dezembro de 2002, cuja ementa abaixo se transcreve:

PROCESSUALCIVIL.MANDADO DE SEGURANÇA.MILITAR.
PRÉVIA EXAUSTÃO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.
LEI Nº 6.880/80, ART. 51, § 3º. SÚMULA Nº 430/STF.
INAPLICABILIDADE.

- O Estatuto dos Militares contém regra específica que condiciona o uso da via judicial pelo militar que se julgue prejudicado por ato da Administração Superior a prévia exaustão de todos os recursos administrativos (Lei nº 6.880/80, art. 51, § 3º), não se lhes aplicando a construção pretoriana contida na Súmula 430, do Supremo Tribunal Federal (MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7.359 - DF 2001/0005397-1).

Considera-se emblemático, por trazer em seu bojo a mesma dissensão doutrinária, ainda não dirimida e que tantas demandas tem ensejado.

Ressalte-se, contudo, que a questão principal, posta para análise naquele Tribunal Superior, referia-se à ocorrência ou não da caducidade da impetração do “mandamus”.

Uma vez posta sob análise a alegação de que o militar impetrante postulava a pretensão formulada no “writ”, depois de decorrido o limite temporal imposto por lei (art. 18 da Lei 1.533/51), questionava-se o termo inicial: seria o da publicação do ato impugnado, ou, então, do ato denegatório do pedido de revisão administrativa?

Na época, prevaleceu o argumento de que a Súmula nº 430 do Supremo Tribunal Federal (“o pedido de revisão do ato administrativo não interrompe nem suspende o prazo de decadência”) não seria aplicável aos militares, tendo em vista a regra específica do §3º do art. 51 da Lei 6.880/80.

Desse modo, afastou-se a preliminar de decadência, concedendo-se a segurança. Interessa, especificamente no presente trabalho, a análise do dispositivo legal do Estatuto dos Militares, utilizado, naquele caso, para o deslinde da questão preliminar.

O Ministro Vicente Leal, Relator do processo, esposou em seu voto o seguinte entendimento:

[...] Numa primeira análise, convenci-me de que, efetivamente, o direito à impetração fora atingido pela caducidade. É que, segundo a jurisprudência consolidada - Súmula 430 do Supremo Tribunal Federal

– o pedido de revisão do ato administrativo não interrompe, nem suspende o prazo de decadência. Todavia, a hipótese sob apreciação apresenta especial particularidade. *É que o Estatuto dos Militares - Lei 6.880/80 - contém regra específica que impõe ao militar a obrigação de, antes de postular em juízo a reparação de qualquer lesão jurídica provocada por ato de superior hierárquico, exaurir a instância administrativa. Assim preceitua o art. 51, § 3º, da lei regente [...]* (grifo nosso).

Em seu voto-vista, o Ministro JORGE SCARTEZZINI, assumindo a mesma posição do relator, ressaltou os seguintes pontos:

[...] Ora, consoante se depreende desses doutos pronunciamentos, o prazo da via mandamental só começará a fluir a partir do momento em que a esfera administrativa estiver exaurida. Esta somente se viabiliza com a exigibilidade do ato. *No caso concreto, conforme preconiza a Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares) [...]* Assim, verifica-se que o impetrante, Oficial do Quadro de Intendentes da FAB, *não poderia se valer do Judiciário, antes que seus recursos se esgotassem na esfera administrativa. Tal óbice, encontra, inclusive, respaldo em outras normas regulamentadoras dos deveres e obrigações do servidor militar* (cf. arts. 28, IV; 43 e 63, todos do Estatuto Militar) (grifo nosso).

Por outro lado, o MINISTRO GILSON DIPP sustentou posição, vencida, diametralmente oposta:

[...] ousou dissentir do E. Relator, já que o exaurimento da via administrativa não é condição sine qua non para a propositura de qualquer ação, muito menos impetração de mandado de segurança. Aliás, a Constituição Federal de 1988 é clara, ao dispor:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: ... XXXV- A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. [...] Não obstante a Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares) disciplinar que há a necessidade do esgotamento dos recursos administrativos, por óbvio, que tal disciplina não foi recepcionada pela Carta Magna. Ademais, a nova ordem constitucional é muito

mais moderna do que a lei em comento. Ademais, sobre a hierarquia das leis, assim como sua receptividade ou não em face de nova ordem constitucional, vale relembrar a famosa “Pirâmide de Kelsen”, que, por si só, afasta qualquer dúvida a respeito do tema. Em sendo assim, a tese alusiva ao afastamento da preliminar da decadência não merece prosperar, pois a impetração ocorreu a destempo, como bem ressaltou o parecer ministerial. Ainda sobre este aspecto, cabe um outro comentário, já reportado pelo Min. Fernando Gonçalves, qual seja, caso aceitemos a tese do exaurimento da via administrativa para os militares, estaremos fazendo uma clara distinção entre as impetrações de civis e militares. Com isso, mais uma vez restará quebrado o princípio da igualdade, preceituado no caput do artigo 5º da Carta Política de 1988[...].

O entendimento majoritário esposado no Acórdão não consistiu caso isolado. Aquela mesma Corte, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 10.630 – AC, garantiu a efetividade de aplicação da norma em comento, asseverando existir diferença entre o recurso administrativo e o pedido de reconsideração. O dispositivo 51, § 3º do Estatuto dos Militares, (Lei 6.880/80), estaria exigindo tão somente a necessidade de exaurimento dos recursos administrativos para eventual acesso do militar à via judicial, e não do pedido de reconsideração, pelo que seria aplicável a Súmula 430 do STF.

É justamente, a partir dessa pluralidade de fundamentos, capaz de causar dissensão entre julgadores de um Tribunal superior, que procurarei formular algumas ponderações sobre o artigo 51, § 3º do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80).

2 O PAPEL CONSTITUCIONAL DAS FORÇAS ARMADAS E O ACESSO DO MILITAR AO PODER JUDICIÁRIO

Feitas as considerações iniciais, passemos à análise propriamente dita. Sem despendar maiores delongas sobre assuntos em relação aos quais não há controvérsias, a Constituição de 1988 contribuiu sobremaneira para a redescoberta da cidadania pela sociedade brasileira, principalmente em decorrência do amplo acesso ao judiciário.

É claro que, quando se fala em “acesso à Justiça”, pensa-se logo numa Justiça eficaz e célere, o que ainda não se constitui realidade em nosso País. Porém, desse aspecto não se tratará.

O que importa assentar é o seguinte: 1) A Constituição Federal de 1988, ao contemplar um amplo leque de direitos e de garantias permitiu a construção de um Estado efetivamente democrático; 2) em consequência,

consagrou um verdadeiro resgate da cidadania, assim entendida como prerrogativa de participação popular - titularidade e exercício - daquele que, como membro de um Estado, usufrui de direitos civis e políticos, garantidos pelo mesmo Estado, e desempenha os deveres que nesta condição lhe são impostos. 3) Nesse contexto geral, normas, cujo teor se assemelha à regra do artigo 51, § 3º do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80), causam imediata estranheza ao operador jurídico.

Sabe-se que Direito, em sua acepção objetiva, é representado pelo conjunto de textos legais reunidos em um ordenamento jurídico e este deve representar, por exigência social, um todo organizado. Partindo dessa premissa, a tese da não-recepção deve ser analisada com as devidas cautelas.

Na visão da dogmática jurídica, uma norma, para ser válida, deve primeiramente estar integrada no ordenamento jurídico, em conformidade com as diretrizes e requisitos do próprio ordenamento:

[...] Sancionada a norma legal, para que se inicie o tempo de sua validade, ela deve ser publicada. Publicada a norma, diz-se, então, que a norma é vigente.[...] Vigente, portanto, é a norma válida (pertencente ao ordenamento), cuja autoridade já pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 107).

Já para ser vigente, seguindo lição de Paulo de Barros Carvalho, podemos concluir que:

[...] as regras jurídicas devem estar aptas à propagação de seus efeitos, tão logo aconteçam, no mundo fático, os eventos que elas descrevem. Há normas que existem e, por conseguinte, são válidas no sistema, mas não dispõem dessa aptidão. A despeito de ocorrerem os fatos previstos em sua hipótese, não se desencadeiam as consequências estipuladas no mandamento. Dizemos que tais regras não têm vigor, seja porque já o perderam, seja porque ainda não o adquiriram (CARVALHO, 1999, p. 82-83).

Por outro lado, o plano da eficácia refere-se ao fato de a norma ser realmente obedecida e aplicada. É o que tecnicamente se chama efetividade da norma.

Pelo fenômeno da recepção, a Constituição nova recebe as leis editadas, sob o império de Constituições anteriores, se com ela forem compatíveis. Depende, pois, do seguinte:

[...] todas as vezes que qualquer norma da legislação infraconstitucional engendrada sob a égide de ordem constitucional anterior esbarrar com o novo texto constitucional, quer na sua literalidade, nos seus princípios, nos seus valores, ou quer, ainda, nas disposições programáticas – em quaisquer dessas hipóteses, a norma não transpõe os obstáculos para sua recepção e torna-se também uma norma destituída de eficácia e que acompanha a revogação por que passou a Constituição anterior (BASTOS, 1994, p. 174).

Seria, por conseguinte, o art. 51, §3º do Estatuto dos Militares, regra não recepcionada pela atual Constituição da República, estando destituído de eficácia normativa?

O que se pode depreender, acerca da aplicação das modernas formas de interpretação, é que a Constituição Federal deve informar todo o conjunto do ordenamento jurídico.

Assim afirma a doutrina:

A interpretação é, antes de tudo, uma atividade criadora. Em toda interpretação existe, portanto, uma criação de direito. Trata-se de um processo no qual entra a vontade humana, onde o intérprete procura determinar o conteúdo exato de palavras e imputar um significado à norma. Nesse sentido, a interpretação é uma escolha entre múltiplas opções, fazendo-se sempre necessária por mais bem formuladas que sejam as prescrições legais. A atividade interpretativa busca, sobretudo, reconstruir o conteúdo normativo, explicitando a norma, em concreto, em face de determinado caso. Pode-se afirmar, ainda, que a interpretação é uma atividade destinada a expor o significado de uma expressão, mas pode ser também o resultado de tal atividade (BASTOS, 1998).

Com efeito, a Lei 6880/80 foi editada sob a égide da Carta constitucional de 1969, a qual dispunha, - no §4º do art. 153, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977 -, uma regra condicionante para o ingresso em juízo:

Art. 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser

condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

Como tal conteúdo normativo não fora repetido pelo constituinte de 1988, no art. 5º, XXXV, muitos asseveram que tal fato acarretaria, “ipso iure”, a não-recepção do art. 51, § 3º da Lei 6.880/80.

Nesse ponto, quanto ao artigo 142 da Constituição Federal de 1988, que “a priori” daria amparo constitucional para a recepção da norma atacada, aduzem os críticos que, mediante a ponderação dos interesses aparentemente conflitantes, exsurgiria que a exigência de obediência à legalidade, à hierarquia e à disciplina não poderia se sobrepor aos direitos fundamentais do cidadão.

Contudo, a questão não é tão simples quanto parece. Como foi dito, nosso ordenamento jurídico deve ser considerado um todo harmônico. Desse modo, partindo-se dos dispositivos constitucionais aplicáveis à espécie – *todos princípios definidos pelo constituinte originário* – tem-se que:

[...] Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito[...]

[...] Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos *princípios de legalidade* [...]

[...] Art. 142 - As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, *organizadas com base na hierarquia e na disciplina*, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.[...] (grifo nosso).

Sabe-se que, do ponto de vista jurídico, não há hierarquia entre normas principiológicas definidas pelo constituinte originário. Quando se afirma que os princípios da hierarquia e da disciplina militares nunca podem se sobrepor aos direitos fundamentais expressos no artigo

5º da Constituição Federal, trata-se, evidentemente, de uma visão axiologicamente simplificada.

De fato, se essa fosse a única premissa do operador jurídico, nenhuma restrição imposta especificamente ao militar seria tolerável. Como justificar, nesse sentido puramente axiológico, todas as graves restrições expressamente elencadas, no capítulo II do Título V da Constituição Federal de 1988, sobretudo aquelas que impõem limitações ao exercício de direitos usufruídos pelos demais trabalhadores?

Ademais, a atividade militar, por sua natureza, exige o comprometimento da própria vida não somente em tempos de guerra; em tempos de paz, sua vida pessoal é colocada como aspecto “secundário”, no sentido de que deve estar sempre e prontamente disponível para cumprir as missões que lhe sejam designadas, no lugar onde lhe sejam determinadas e no momento em que surja necessidade relevante. Nem se cogita, diante da missão que lhe foi constitucionalmente estabelecida, a possibilidade de remuneração do trabalho noturno, superior à do trabalho diurno, de jornada de trabalho diário limitada a oito horas, de repouso semanal remunerado; entre outros direitos.

Para o militar, a Pátria é um bem jurídico superior a sua própria vida. Desse modo, um mesmo fato do mundo, possui valor diferente quando aplicável ao militar e ao cidadão comum. É dentro desse contexto que surge a necessidade da existência de normas especiais (diferentes) para tutelar os fatos que envolvem a administração militar. Daí, a razão por que os membros das Forças Armadas constituírem uma categoria especial de servidores da Pátria (CARVALHO, 2005).

Dito isso, e, com esteio na teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale (1996), consideramos que o fenômeno jurídico pressupõe fato, valor e norma; ou seja, o Direito, ao mesmo tempo, é norma, é fato, e é valor. Sob esse ponto de vista, a norma jurídica seria apenas a indicação de um caminho, cujo ponto de partida seria o fato, e cujo ponto de chegada seria o valor. Assim, para esse autor, o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores. Parte-se do pressuposto de que toda regra de direito representa um momento de equilíbrio, atingido como composição das tensões ocorridas em dada situação histórica e social. A norma jurídica tende, portanto, a ser a superadora de um conflito de interesses, surgindo como algo destinado a durar.

O êxito de um dispositivo legal depende da correspondência existente entre a sua vigência e as estruturas sociais, como condição *sine qua non* de sua eficácia.

[...] o juiz ou o advogado, que tem diante de si um sistema de Direito, não o pode receber apenas como concatenação lógica de proposições. Deve sentir que nesse sistema existe algo subjacente, que são os fatos sociais aos quais está ligado um sentido ou um significado que resulta dos valores, em um processo de integração dialética, que implica ir do fato à norma e da norma ao fato [...]. Se a regra jurídica não pode ser entendida sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas, é essa complexa condicionalidade que nos explica por que uma mesma norma de direito [...] adquire significados diversos com o volver dos anos [...] não pode o juiz se conduzir como um ‘emancipado’ das idéias e valores dominantes, sobre que se funda a ordem jurídica vigente, pois se presume que o legislador só emane regras em consonância com as exigências da comunidade. Daí a justa ponderação de Calamandrei de que, nas decisões por equidade, o juiz deve agir como intérprete de uma consciência preexistente (REALE, 1996, p. 581-583).

Assim, torna-se indispensável ao operador jurídico, ao analisar a subsunção do fato à norma do art. 51 §3º da Lei 6880/80, vislumbrar se existe o denominado “nexo teleológico”, ou seja, se o referido regramento legal realiza de maneira eficaz os fins constitucionais que lhe são atinentes:

Desse modo, dá-se a interferência da vontade na ordenação dos fins e na ordenação dos meios, donde a necessária inserção do Poder no processo mesmo da normatividade jurídica. É, com efeito, através de um processo ao mesmo tempo axiológico e teleológico que surge a norma de Direito, a qual se apresenta formalmente como esquema geral de opção pela conduta reconhecida de valor positivo e, como tal, preservada; ou então de valor negativo e, como tal, vedada (op. cit. p. 551).

Dito isso, quando se dispõe a analisar o art. 5º, XXXV, não se pode, simplesmente, dissociá-lo do artigo 142, que constitui fundamento constitucional basilar para amparar juridicamente todas as especificidades acima transcritas.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados; encontram seus contornos

nos demais direitos e deveres igualmente consagrados pela Carta Magna. Nesses termos, hierarquia e a disciplina são princípios que alicerçam todos os “deveres fundamentais” do militar.

Pode-se dizer que, a despeito de assim não ser expressamente definido no texto constitucional, a hierarquia e a disciplina são princípios que alicerçam todos os “deveres fundamentais” do militar.

Evoca-se, a seguir, valiosa doutrina constitucional, formulada por Vital Moreira e J.J. Canotilho, acerca da correlação entre direitos fundamentais e deveres fundamentais:

[...] Nuns casos, os deveres implicam automaticamente uma limitação de um ou mais direitos fundamentais com ele correlacionados [...]. Noutros casos, o dever fundamental, ainda que não implicando directamente a compreensão de um direito fundamental, pode justificar, porém, que a lei venha a estabelecer-lhe restrições, funcionando o dever fundamental como “interesse constitucional” [...] (MOREIRA; CANOTILHO, 1991, p.149).

[...]a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um conflito positivo de normas constitucionais [...]. A regra de solução do conflito é a da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição compatível com a salvaguarda adequada do outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa [...]. a restrição de direitos fundamentais implica necessariamente uma relação de conciliação [...]e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de concordância prática dos direitos ou interesses em conflito [...] (op. cit. p. 147).

Os direitos, liberdades e garantias constitucionais somente podem ser submetidos à referida restrição, nos casos expressamente contemplados em seu próprio bojo. Além do permissivo constitucional, para tanto, as restrições de direitos fundamentais necessitam, ainda, de justificativa apta a salvaguardar outros interesses constitucionalmente tutelados.

A título de ilustração é interessante notar que a própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas assevera, em seu artigo 29, que:

[...] toda pessoa tem deveres para com a comunidade [...]No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas

estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas [...] (MORAES, 2004, p.63).

Certamente, em um Estado de Direito democrático, os deveres infraconstitucionalmente impostos somente devem existir na exata e necessária medida em que sirvam de salvaguarda dos direitos e interesses constitucionalmente tutelados. Não se discute, por conseguinte, que os deveres legais jamais poderão afetar o núcleo essencial dos direitos e interesses constitucionais.

Sobre o art. 142 da Constituição Federal, ao contemplar os peculiares princípios da hierarquia e da disciplina, algumas considerações devem ainda ser tecidas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, hierarquia seria:

o vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno. Os poderes do hierarca conferem-lhe, de forma contínua e permanente: a) poder de comando; b) poder de fiscalização; c) poder de revisão, poder de punir... (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 97-8).

Com a costumeira propriedade que lhe é peculiar, José Afonso da Silva correlaciona hierarquia e disciplina, conceituando o primeiro como o vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior, enquanto disciplina seria o poder que tem os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores:

[...] são termos correlatos, no sentido de que a disciplina pressupõe relação hierárquica. Somente se é obrigado a obedecer, juridicamente falando, a quem tem o poder hierárquico [...] A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica [...] (SILVA, 2000, p. 738).

Obviamente, as irretorquíveis doutrinas mencionadas conceituam hierarquia e disciplina como institutos típicos da atividade administrativa, que servem de fundamento para que o escopo precípua do artigo 37 da Constituição Federal seja garantido em sua integridade.

Todavia, quando se transferem os conceitos acima para o âmbito do artigo 142 da Constituição Federal de 1988, detecta-se diferença incommensurável no seu trato normativo: são alçados à categoria de princípios estruturais das Forças Armadas.

Isso significa dizer que as Forças Armadas, enquanto instrumental irrenunciável do Estado brasileiro para a sua defesa e de suas instituições democráticas, estão alicerçadas em dois pilares: hierarquia e disciplina.

Tais conceitos não são vagos, como se albergassem valores meramente programáticos a serem realizados em futuro incerto, por aquele cuja função estaria apenas em estado latente, concretizando-se “se e quando” houvesse necessidade de defesa da Pátria mediante luta armada.

Ao contrário, “hierarquia e disciplina” são valores ideológicos que permeiam toda a formação do militar e conduzem suas atividades cotidianas de permanente prontidão.

Essa peculiaridade, universalmente assentada, aliás, é imprescindível imposição constitucional aos militares, enquanto detentores de força pública de natureza bélica. Sem a hierarquia e a disciplina, a eficiência ínsita ao cumprimento das extremadas e urgentes ordens sempre presentes nos campos de batalha, estaria obviamente comprometida. As manobras militares devem oferecer pronta resposta ao problema enfrentado, tal como estrategicamente definido pelos superiores.

Essa filosofia militar, por sua natureza teleológica, não é, como já afirmado, mero escopo teórico a ser realizado em futura situação bélica. No cotidiano militar, seja em tempos de paz, seja em tempos de guerra, há diuturna cautela na concretização e manutenção de seus pilares básicos.

As inúmeras e minuciosas normas “*interna corporis*” estão, em sua quase totalidade, reduzidas a escrito, o que diminui sobremaneira a probabilidade de abusivos arbítrios e, ainda, garante maior transparência acaso se mostre necessário o controle jurisdicional. Quando se analisam as normas militares, percebe-se claramente a intenção de esgotar todas as situações possíveis e prever meios céleres para o deslinde de qualquer controvérsia que se instaure no âmbito da administração castrense. Certamente isso ocorre com vistas à pronta solução do litígio, sob pena de serem cristalizados impasses ou comportamentos que prejudiquem a ordem, o controle e a coesão do sistema.

Percebe-se que os princípios constitucionais que regem a administração militar possuem relativa autonomia, em relação aos princípios da administração pública em geral, cumprindo à lei ordinária regulamentar tais especificidades. E a Lei nº 6.880/1980, que muitos

julgam “não recepcionada”, é a principal fonte de natureza administrativa na tutela da hierarquia e disciplina militar.

Não se discute que o controle judicial constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. O que se pondera é que, na administração militar, há uma gama incomensurável de regramentos específicos, que visam atender de forma célere e eficiente aos pleitos, desde os mais corriqueiros até os mais complexos. Não se pode considerar abusivo, a priori, todo e qualquer condicionamento de prévio exaurimento administrativo. Mesmo porque, não se estará excluindo qualquer lesão ou ameaça a direito. A possibilidade de apreciação pelo judiciário estará sempre presente. Uma eventual necessidade de provocação administrativa prevista para o militar, desde que seja norma dotada de razoabilidade e justificável ante os propósitos determinados pelo próprio constituinte originário, pode ser considerada legítima.

Sob esse aspecto, consideradas as premissas anteriormente estabelecidas, a referida condicionante seria justificável, até mesmo por razões processuais, pois o interesse de agir pressupõe a presença do binômio, necessidade/adequação, sob pena de absoluta desnecessidade da providência jurisdicional (ausência de lide).

Não se trata, portanto, de simples esvaziamento da eficácia do direito fundamental à ação e do princípio do amplo acesso ao judiciário. Ao contrário, a provocação administrativa não conflita, por si só, com o princípio da universalidade da jurisdição. Sua efetivação não prescinde do preenchimento das limitações ínsitas ao exercício de ação: condições da ação e dos pressupostos processuais.

É interessante notar que, na esfera civil, também há casos que demandam o prévio requerimento administrativo como requisito essencial para restar configurado o interesse de agir. A eventual falta de solução, em prazo razoável, para o pedido formulado no âmbito administrativo, investe a parte de interesse de agir em juízo.

Nos termos peremptórios do artigo 5º, inciso XXXV, nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá refugir ao crivo do controle jurisdicional. Como, em nosso sistema jurídico, a jurisdição é afeita em caráter exclusivo ao poder judiciário, não se constituindo o julgamento realizado na esfera administrativa exercício de jurisdição, não há dúvida de que, não há prejudicialidade entre o esgotamento da esfera administrativa e o exercício do direito de ação. Ademais, segundo o artigo 3º do CPC: “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.”

Como se sabe, o exercício da função jurisdicional demanda uma quantia enorme de recurso e de tempo. Por isso, o processo judicial é, ou deve ser, a “última ratio”.

Sua utilização só se torna legítima quando não há outra via, igualmente idônea, menos onerosa e mais célere, de que se pode valer o jurisdicionado antes do seu direito de ação. Nesse sentido, pode ser incluído o seu exaurimento como pressuposto para a configuração de necessidade da tutela jurisdicional.

Pode-se concluir que, tomado como categoria jurídica específica, o pedido na esfera administrativa não gera empecilho para o exercício do direito de ação, uma vez adotado que foi o princípio da jurisdição una.

Em suma, uma vez que o direito de ação sofre limitações legalmente estabelecidas, por ser adotada entre nós a teoria eclética da ação, o exaurimento da esfera administrativa pode se constituir um pressuposto de fato para a caracterização do interesse processual.

Destarte, a via administrativa, principalmente na esfera militar, - onde a especificidade das regras castrenses buscam consolidar a ordem e o controle de toda a corporação -, é uma alternativa possível de obtenção do bem da vida que se pretende, e é quase sempre mais célere e menos onerosa do que a judicial. Obviamente desde que, com isso, não sejam gerados abusos intimidatórios, que acabem ensejando arbítrio inadmissível e contrário ao arcabouço constitucional pátrio.

Em outro recentíssimo acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em março de 2008, no julgamento do recurso de apelação em mandado de segurança nº 63476, interposto pela União nos autos de nº 20055101005605-8, tramitados perante a 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que, por unanimidade, deu provimento à Apelação da União Federal e à Remessa Necessária, nos termos do voto do Relator, Desembargador Federal Reis Friede, a matéria da não-recepção foi tratada nos seguintes termos:

[...]Conforme visto, a sentença de mérito foi proferida pela Magistrada desta Seção Judiciária que concedeu a segurança pretendida fundamentando sua decisão com base no seguinte argumento (fl 672):

[...]uma vez que a regra prevista no art. 51 §3º do Estatuto dos Militares [...]não foi recepcionada pela Carta Magna de 1988, onde é assegurado a todos o direito de acesso ao judiciário, não existindo

o dever de percorrer a via administrativa como condição da ação judicial, conforme se vê do art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Para a interpretação do fundamento utilizado na decisão mencionada, é necessário transcrever o aludido art. 51, §3º do Estatuto dos Militares:

Art. 51 - O militar que se julgar prejudicado ou ofendido por qualquer ato administrativo ou disciplinar de superior hierárquico poderá recorrer ou interpor pedido de reconsideração, queixa ou representação, segundo regulamentação específica de cada Força Armada.

[...]

§ 3º O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado.

A precitada decisão enfatiza o fato de não existir o dever de percorrer a via administrativa como condição da ação judicial, não fazendo qualquer menção ao fato da participação, antecipada, à autoridade à qual estiver subordinado. Esse aspecto, simples, na realidade, se não observado, revela a ausência de lealdade e disciplina, assim como quebra da hierarquia, estas últimas conformadoras da organização das Forças Armadas, conforme estabelecido na Carta Magna.

In casu, o tema principal, que norteia esta lide, gira em torno do Memorando nº 18/CMDO, expedido pelo Comandante do Destacamento de Controle do Espaço Aéreo de Rio Branco, cuja redação determinava o comparecimento compulsório de todo o efetivo da unidade, com exceção daqueles que estivessem em serviço, a um churrasco em comemoração ao “dia do meteorologista, do especialista, das comunicações e do AIS”, mediante o pagamento de R\$ 5,00 (cinco reais), fl. 73.

Nota-se que, ante esta determinação, o Impetrante, entendendo ser arbitrário tal memorando, recorreu à Procuradoria da República no Estado do Acre, que remeteu a reclamação à Procuradoria da Justiça Militar em Manaus/AM. Nesta última, houve a determinação de instauração de Inquérito Policial Militar, para apurar a conduta do Comandante do DTCEA-RB.

O Inquérito Policial Militar concluiu que o Impetrante deveria ter esgotado as vias administrativas, antes de representar contra seu Comandante, e, ainda, que deveria informá-lo, antecipadamente, sobre a medida judicial. Tal fato ensejou a transferência do Impetrante a bem da disciplina e determinou, em processo distinto, a apuração do tipo de transgressão militar supostamente praticada pelo Impetrante.

Na decisão constante do processo administrativo disciplinar nº 52, a Autoridade competente reitera o disposto anteriormente. Vale recorrer ao seu texto (fl. 303):

O Estatuto dos Militares é uma lei ordinária, criada para regular a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas. O que está disposto, em seu art. 51 §3º, não tem o propósito de inibir ou dificultar o acesso dos militares ao Poder Judiciário, na verdade, tal disposição tem por escopo reforçar os princípios basilares das Forças Armadas, que são a hierarquia e a disciplina, assim como submeter às demandas à apreciação da Administração, a fim de que possam ser solucionadas, e caso não tenham o resultado esperado pelo militar, este pode recorrer às vias judiciárias, preocupando-se tão somente em participar a sua chefia imediata que assim irá proceder.

Como se pode perceber, o Estatuto dos Militares não entra em confronto com a norma constitucional, pois não há, em seu conteúdo, nenhum dispositivo que impeça os militares de acessarem o Poder Judiciário, somente coloca algumas regras específicas para que assim seja feito, pois a vida na caserna tem peculiaridades, e estas são baseadas em normas legais.

Pelo exposto, verifica-se que a autoridade competente fundamenta sua decisão nas peculiaridades próprias da caserna. Em outras palavras, no etos das Forças Armadas, no espírito que anima esta instituição, o qual assenta-se em normas legais. Os aspectos éticos, portanto, devem ser considerados na apreciação dos aspectos legais. Assim, segundo o Ministro Celso de Mello: “Se há razão jurídica, a medida tem amparo. Mas é preciso analisar caso a caso. Todo processo tem que se basear não só nos aspectos legais, mas também nos aspectos éticos, que não podem ser transgredidos” (MELLO, mar. 2008).

Pelo exposto, verifica-se que a autoridade competente fundamenta sua decisão nas peculiaridades próprias da caserna. Em outras palavras, no ethos das Forças Armadas, no espírito que anima esta instituição, o qual assenta-se em normas legais. Os aspectos éticos, portanto, devem ser considerados na apreciação dos aspectos legais. Assim, segundo o Ministro Celso de Mello:

Se há razão jurídica, a medida tem amparo. Mas é preciso analisar caso a caso. Todo processo tem que se basear não só nos aspectos legais, mas também nos aspectos éticos, que não podem ser transgredidos. (MELLO, mar. 2008).

Diante essa afirmação, mister se faz observar a natureza das normas constitucionais que regem as atividades das Forças Armadas.

A principal peculiaridade das Forças Armadas reside na sua importância para a existência do Estado. Na citação de Norberto Bobbio:

No âmbito de um Estado, que é o único legitimado a usar a força, a maioria dos cidadãos não considera necessário possuir armas, ao passo que no sistema internacional, no qual até agora não foi possível (e talvez jamais seja possível) constituir uma força exclusiva acima das partes, todos os Estados sem exceção são armados. Só que, se um Estado não possui um exército, não é um Estado, enquanto um cidadão inerte não só é um cidadão, mas pelo menos até agora, é considerado um bom cidadão (BOBBIO, 2003, p.13)

O doutrinador José Afonso da Silva, nessa mesma linha de pensamento, ao discorrer sobre o significado preconizado pela Carta Magna para as Forças Armadas, corrobora a interpretação de BOBBIO. Desse modo, nas suas palavras:

Constituem, assim elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do Direito e da Paz Social. Esta nelas repousa pela afirmação da ordem na órbita interna e do prestígio estatal na sociedade das nações. São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização de seus fins.(SILVA, 1999. p.745)

Ciente do anteriormente exposto, o Poder Constituinte Originário impôs, em Capítulo específico da Constituição Federal de 1988, dois

artigos que consubstanciam as Forças Armadas: artigos 142 e 143. A redação mais pertinente ao caso concreto envolve diretamente o caput do art. 142. Vale recorrer ao seu texto:

Art. 142 - As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem [...]

A partir da leitura do art. 142, verifica-se que as Forças Armadas organizam-se com base na Hierarquia e na Disciplina. Seus membros, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares (art. 3º da Lei nº 6.880/80). Em respeito à Constituição, têm como dever a disciplina e o respeito à hierarquia (inciso IV do art. 31 da Lei nº 6.880/80). Como se não bastasse sua condição de cidadão para respeitar a Constituição, eles ainda são motivados pela Lei nº 6.880/80 a evidenciarem tal atitude de respeito, pautando seus comportamentos de forma inequívoca.

[...]

Um dever do militar é a lealdade em todas as circunstâncias (art. 31 da Lei nº 6.880/80). Ela é o sustentáculo da estrutura hierárquica das Forças Armadas. É tão importante que todos, sejam eles oficiais ou praças, deverão impor-se pela sua demonstração (art. 37, parágrafo único da Lei nº 6.880/80).

É nesse sentido que deve ser entendido o §3º do art. 51, quando expressa: “e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado.” Esta conduta, por parte de qualquer militar, demonstra lealdade para com o superior e exemplo de lealdade em relação aos subordinados, o que, ao reforçar a autoridade e a hierarquia, torna a Força Armada mais eficaz.

[...]

Frente ao exposto, o questionamento entre a recepção ou não do art. 51, §3º do Estatuto dos Militares, objeto de discussão nesta ação,

requer a análise direta das normas constitucionais envolvidas no presente caso.

Vejamos o fenômeno da Recepção, nas palavras do célebre doutrinador Alexandre de Moraes:

Consiste no acolhimento que uma nova constituição posta em vigor dá às leis e aos atos normativos editados sob a égide da Carta anterior, desde que compatíveis consigo. O fenômeno da recepção, além de receber materialmente as leis e os atos normativos compatíveis com a nova Carta, também garante sua adequação à nova sistemática legal. (MORAES, 2004, p. 1100)

Cabe esclarecer que o Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1981, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1981, conforme seu art. 159. O advento da nova Constituição, em 05 de outubro de 1988, permitiu que a vigência das leis compatíveis com o novo ordenamento fosse mantida. Caso em que se enquadra o mencionado Estatuto.

In casu, há, nos autos, a afirmação de que a Constituição não teria recepcionado o art. 51, §3º do Estatuto, ante seu conflito com o inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

Cumpre, a esta Relatoria, esclarecer a especificidade dos arts. 142 e 143, perante o inciso XXXV do art. 5º expressos na Carta Magna. O mencionado inciso trata de normas gerais enquanto os arts. 142 e 143, de normas específicas. Aborda-se de um lado o livre acesso

à justiça (princípio de ordem geral) e, de outro, os objetivos das Forças Armadas (dispositivo específico).

Ante a referida especificidade esculpida pela própria Constituição, deve-se remeter ao disposto em Lei Especial, neste caso, ao Estatuto do Militares, que, conforme seu art. 1º “regula a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas.”

De tal sorte o art. 51, §3º do Estatuto não restringe o acesso ao judiciário, apenas cria outros requisitos ao militar, servidor público de categoria especial, para pleitear em juízo: “esgotar os recursos administrativos” e “informar, antecipadamente, à autoridade que estiver subordinado.

Da mesma forma, existem restrições para o pleito judicial em algumas ações na vida do cidadão civil. Apenas a título ilustrativo, há exemplos claros em nosso ordenamento, como a necessidade de se esgotarem as vias administrativas para o manejo do Habeas Data. Nas palavras de Alexandre de Moraes:

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da necessidade de negativa da via administrativa para justificar o ajuizamento do habeas data, de maneira que inexistirá interesse de agir a essa ação constitucional se não houver relutância do detentor das informações em fornecê-las ao interessado. [...] Faltará, portanto, essa condição da ação se não houver solicitação administrativa, e conseqüentemente negativa no referido fornecimento.

Frente a isto, observa-se a imposição de determinados requisitos para algumas ações processuais, a fim de que constituam os pressupostos de validade para o seu prosseguimento. O que não difere do caso concreto (MORAES, Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2004, p. 2687).

Miguel Reale nos ensina que:

[...]o Direito é uma experiência social concreta, um processo vital que obedece a motivos peculiares a cada Nação e não fruto arbitrário das construções legislativas (REALE, 1996, p. 584).

Quando o operador do direito, ao analisar um texto legal, não considerar as suas condicionantes fáticas e valorativas, corre o risco de não extrair toda a plenitude de seu significado.

É perceptível, portanto, que o assunto é amplo e possui aspectos importantes os quais, como salientado de início, fogem à concisão e singeleza do presente trabalho.

Como foi visto, o Estatuto dos Militares não confronta com a norma constitucional, uma vez que o artigo 51, § 3º da Lei 6880/80, não contempla qualquer dispositivo que impeça os militares de acessarem o Poder Judiciário. O que existe, tão-somente, são algumas condicionantes plenamente dotadas de razoabilidade diante das peculiaridades da vida na caserna.

No âmbito legislativo, o projeto de novo estatuto dos militares ainda se encontra em trâmite. Sendo assim, até que se consolide um consenso sobre a questão posta, deve o operador do direito enfrentar continuamente situações práticas que gerarão dúvidas jurídicas idôneas. E é justamente nesse ponto que se coloca a necessidade de, nesse exercício exegético, não serem mitigados os valores albergados pela própria Constituição Federal de 1988, norma suprema, como peculiares contornos das Forças Armadas, enquanto Instituições a serviço da manutenção do Estado de Direito Democrático, sob pena de serem igualmente mitigados os seus próprios fins.

3 CONCLUSÃO

Como foi visto, o artigo 51, § 3º da Lei nº 6.880/80, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, contém regra específica que condiciona o uso da via judicial, pelo militar que se julgue prejudicado, à prévia exaustão de todos os recursos administrativos.

A par de alguns (pouquíssimos) estudos doutrinários que asseveram a não recepção do artigo 51, § 3º do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80), em face do que preceitua a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, esse não tem sido o mais recente posicionamento dos nossos tribunais. A mais moderna jurisprudência assim nunca se manifestou de maneira cabal. Ao contrário, o preceito legal, inserto no art. 51, § 3º do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80), tem servido de fundamento basilar em recentes julgados, o que denota sua patente eficácia normativa.

Como tal conteúdo normativo não fora repetido pelo constituinte de 1988, no art. 5º, XXXV, muitos asseveram que o fato acarretaria “ipso iure” a não recepção do art. 51, § 3º da Lei 6.880/80. Contudo, a

questão não é tão simples quanto parece. Ao se analisar o art. 5º, XXXV, não podemos dissociá-lo do artigo 142.

Em uma atividade, cuja finalidade precípua é a batalha, a ordem e a coesão de sua estrutura devem ser mantidas ao máximo. Mesmo em tempos de paz, a sua estrutura não se desnatura e a coesão interna do sistema deve ser preservada.

A via administrativa, sobretudo na esfera militar, onde a especificidade das regras castrenses buscam consolidar a ordem e o controle de toda a corporação, é uma alternativa possível de obtenção do bem da vida que se pretende, e é quase sempre mais célere e menos onerosa do que a judicial.

Como visto, o Estatuto dos Militares não confronta com a norma constitucional, uma vez que o seu artigo 51, § 3º não contempla qualquer dispositivo que impeça os militares de acessarem o Poder Judiciário. O que existe, tão-somente, são algumas condicionantes dotadas de razoabilidade diante das peculiaridades da vida na caserna.

Destarte, ao operador jurídico cumpre não mitigar os valores albergados pela própria Constituição Federal de 1988, norma suprema, como peculiares contornos das Forças Armadas, enquanto Instituições a serviço da manutenção do Estado de Direito Democrático, sob pena de serem igualmente mitigados os seus próprios fins.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *As modernas formas de interpretação constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>>.

BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2003.

CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Alexandre Reis de. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7301>>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

Jornal Folha de São Paulo. Judiciário critica ameaça de central a jornais. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u379548.shtml>. Publicado e consultado em: 07 de março de 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo: Forense, 1999.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS MÓVEIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

Rodrigo de Souza Nogueira

*Advogado da União, especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada - IEC da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrando em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro
Escola de Governo de Minas Gerais*

Sumário: Introdução; 1 Práticas a serem evitadas pelos órgãos da Administração Pública nos procedimentos de alienação; 2 Fundamentos legais e doutrinários para as alienações; 2.1 Bens Públicos; 2.2 Licitação como regra geral para alienações de bens móveis; 2.3 Requisitos legais para doação; 2.4 Regulamentação da movimentação de bens móveis no âmbito da Administração Pública Federal - Decreto nº 99.658/90; 2.5 Reaproveitamento, cessão e alienação de veículos automotores oficiais.; 3 Contratação direta sem licitação via doação, exceção ou regra?; 4 Da Demonstração de interesse público e necessidade de avaliação prévia; 4.1 Do Interesse Público; 4.2 Da avaliação prévia; 5 Utilização dos recursos obtidos segundo regramento da Lei de Responsabilidade Fiscal; 6 Conclusão. Referências.

RESUMO: Analisar a forma pela qual a Administração Pública se desfaz de seu patrimônio mobiliário considerado inservível revela-se tema de grande relevância porquanto, em inúmeros casos, os procedimentos adotados se revestem de alto grau de informalidade. Esse quadro pode levar ao não reaproveitamento dos bens por outros órgãos públicos e a tredestinação (transferência de patrimônio em boas condições para particulares). Nesse contexto fático-jurídico, o presente estudo busca ressaltar a necessidade do cumprimento de certas formalidades legais que se relacionam com a verificação da compatibilidade do ato com o interesse público de modo a subsidiar o constante aperfeiçoamento da gestão pública.

PALAVRAS-CHAVE: Administrativo. Licitação. Contratos. Gestão Patrimonial. Alienação de Bens Públicos. Mobiliário Considerado Inservível. Requisitos Legais. Balizamentos Doutrinários.

ABSTRACT: The analysis of the procedures taken in order to alienate public furniture labeled as unserviceable items is a theme of high relevance for Public Administration, since such procedures are often featured by high level of informality. This fact may lead to the impossibility of reuse of these goods by other public agencies and tredestination (transference of public assets in good conditions to private entities). Focused on this factual and juridic context, this study highlights the need to fulfill some legal formalities concerning to the verification of the compatitibility of the act with the public interest to subsidize the constant improvement of the public managment.

KEYWORDS: Administrative Law. Bidding. Contratcts,. Asset Management. Alienation of Public Goods Labeled Unserviceable Furniture. Requirements. Doctrinary Outlines.

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar a forma — não raro pouco criteriosa e alheia ao interesse público — por meio da qual alguns órgãos da Administração Pública promovem a alienação de bens públicos móveis. Trata-se de tema da maior relevância, por ensejar alteração na esfera do domínio das pessoas de direito público as quais tais órgãos pertencem. Serão apontados os requisitos legais e os balizamentos doutrinários para tais alienações.

Preliminarmente, importa salientar que, ao contrário da gestão dos bens públicos, típica atividade administrativa regulada por normas legais de caráter mais genérico, a alienação, a oneração e a aquisição desses bens exigem autorização legal mais específica, por ensejarem transferência de propriedade a terceiros.

O professor José Carvalho dos Santos Filho lembra que:

a regra é que a Administração mantenha os bens em sua propriedade e os conserve adequadamente para evitar sua deterioração. [...] Mas haverá situações em que a alienação dos bens públicos não somente pode ser conveniente para a Administração como ainda pode trazer-lhe outras vantagens. (SANTOS FILHO, 2005, p. 1041)

Seguindo essa linha de raciocínio, Marçal Justen Filho (2004), em sua clássica obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* salienta que a alienação de qualquer bem público pressupõe o cumprimento de certas formalidades as quais se relacionam com a verificação da compatibilidade do ato com o interesse público.

Na sequência de sua exposição, destaca que a alienação de bens e direitos de titularidade do Estado não pode ser configurada como uma atividade intrínseca ou inerente ao desempenho das funções estatais. Conclui chamando a atenção para o fato que “a alienação tende a ser uma anomalia, envolvendo potencial risco de redução da órbita dos bens públicos, o que é muito mais sério a propósito dos imóveis (por razões evidentes)” (JUSTEN FILHO, 2004, p.174).

Por outro lado, forçoso reconhecer, à exemplo de Lucas Rocha Furtado (2007) que naquelas ocasiões em que a Administração não mais necessita de determinados bens móveis (denominados inservíveis¹), quando houver ocorrido apreensão legal de mercadorias (leilões de bens apreendidos pela Receita Federal do Brasil), ou quando determinados produtos tiverem sido objeto de penhor não pago por seus devedores

1 Bem inservível, segundo FURTADO (2007), não é necessariamente aquele quebrado, destruído ou danificado, mas simplesmente aquele que não tem utilidade para a Administração.

(leilões realizados pela Caixa Econômica Federal), sua alienação passa a ser considerada.

Nos dizeres de Justen Filho (2004), a alienação é termo de acepção ampla abrangendo todas as modalidades de transferência voluntária do domínio de um bem ou direito. (JUSTEN FILHO, 2004, p. 172).

Obviamente, adverte Ulisses Jacoby Fernandes, aqueles bens que em razão da sua aparência ou utilidade identificam atividades típicas da Administração (veículos blindados, máquinas de obliterar selos), não devem ser reutilizados. Da mesma maneira, pinturas, símbolos ou logomarcas identificadores do poder público devem ser eliminados antes da transmissão do bem. (FERNANDES, 2007, p.282)

Em linhas gerais, o órgão da Administração interessado na alienação do bem móvel deverá demonstrar interesse público, realizar avaliação prévia e posteriormente licitação na modalidade concorrência ou leilão. Quando for o caso de doação, a licitação poderá ser dispensada. Lei autorizativa é necessária apenas para alienação de bens imóveis². Tais situações serão tratadas a seguir.

1 PRÁTICAS A SEREM EVITADAS PELOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO

Não obstante, a atuação no controle de legalidade dos atos da administração federal direta (atividade consultiva no âmbito da Advocacia-Geral da União) mostrou que, em inúmeros casos, o desfazimento de bens móveis se reveste de grande informalidade.

Muitas vezes a instrução dos autos do processo administrativo se resume a um pedido de doação³ de um bem previamente arrolado ou não em uma listagem de bens classificados como “antieconômicos” ou “inservíveis” e posterior autorização do gestor do órgão, como se isso bastasse para que se concretize a transferência de domínio do bem público.

Observa-se que nesses casos não há adequada motivação do ato com a demonstração da oportunidade e conveniência sócio-econômica da doação relativamente à escolha de outra forma de alienação. Não raro inexistentes laudos de avaliação onde os responsáveis⁴ descrevem as reais características dos bens, eventuais alterações, estado geral de conservação, bem como seu valor de mercado e a metodologia adotada (art. 17, I da Lei 8.666/93).

² A alienação de bens imóveis tem regramento legal específico e não será objeto desse estudo

³ Por parte de algum município ou entidade assistencial, por exemplo.

⁴ Servidores públicos ou terceiros estranhos aos quadros da Administração, nomeados por portaria da autoridade competente.

Ao final do processo, necessária a elaboração do termo de doação para subsunção da minuta e do ato de dispensa de licitação amparado no art. 17, II “a” e art. 17, §4º da Lei 8.666/93 à “Assessoria Jurídica da Administração” na dicção do art. 38, § único da Lei 8.666/93. Na Administração Direta Federal tal papel é desempenhado pela Advocacia-Geral da União por meio das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou dos Núcleos de Assessoramento Jurídico nos Estados.

2 FUNDAMENTOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS PARA ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS MÓVEIS INSERVÍVEIS

2.1 BENS PÚBLICOS

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 543), incorporando conceito de José Cretella Júnior, preleciona que:

Bens do domínio público são o conjunto das coisas móveis e imóveis de que é detentora a Administração, afetados quer ao seu próprio uso, quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Segundo o art. 98 do Código Civil⁵, “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Alienar, segundo o dicionarista De Plácido e Silva, é o verbo que significa “a ação de passar para outrem o domínio de coisa ou gozo de direito que é nosso” (DE PLÁCIDO E SILVA, 2006, p. 95).

2.2 LICITAÇÃO COMO REGRA GERAL PARA ALIENAÇÕES DE BENS MÓVEIS

Por força da Constituição Federal⁶ (art. 37, inciso XXI), a regra, no Brasil, é que as contratações sejam precedidas de licitação. Somente à lei cabe abrir exceções. É regra essencial e prévia para execução de despesa.

Conforme já salientado, usualmente a modalidade de licitação seguida nas alienações em comento é o leilão. Os bens passíveis de

⁵ BRASIL, 2002.

⁶ BRASIL, 1988.

alienação por meio de leilão são os bens móveis (avaliados isolada ou globalmente) em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea “b”, equivalente a R\$ 650.000,00⁷. Caso esse valor seja excedido, será obrigatória a concorrência.

O leilão tem regramento específico no art. 53, da Lei 8.666/93. Ressalte-se que deve ser dada ampla divulgação - até mesmo por outros meios de comunicação que não a imprensa escrita - no município onde será realizado. Demais disso, Jacoby Fernandes (2007, p. 117) alerta que “deve ser estabelecido que o licitante pagará o preço à vista ou o percentual estabelecido no edital, que não pode ser inferior a 5% do valor do bem”.

Esta modalidade faculta aos interessados a formulação de diversas propostas, na medida em que o valor do maior lance venha aumentando. O único critério adotado no julgamento das propostas — que são públicas, ao contrário das outras modalidades de licitação — é o maior lance, conforme preceitua o art. 45, §1º, IV da Lei de Licitações.

Lucas Rocha Furtado salienta que a lei não impõe formas rígidas, dispensando, inclusive, a necessidade de habilitação. Adverte, no entanto, que:

Isso não impede, porém, que a Administração se certifique da capacidade de pagamento do interessado, ou seja, se o interessado em adquirir o bem em leilão possui condições econômicas de honrar o preço que ele próprio apresentou. (FURTADO, 2007, p. 189)

Por sua vez o art. 2º da Lei de Regência das Licitações prescreve, *in verbis*:

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, *alienações*, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente *precedidas de licitação*, ressalvadas as hipóteses previstas em lei. (grifo nosso). (BRASIL, 1993)

Procura-se, assim, garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, devendo ser a licitação processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação

7 “Art. 17: § 6º-Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea “b” desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão” (BRASIL, 1993).

ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e de outros que lhe são correlatos (art. 3º da Lei 8.666/93).

2.3 REQUISITOS LEGAIS PARA DOAÇÃO

Esclarecendo a natureza da doação, Carvalho Filho (2005) aduz que é o ajuste em que o proprietário (doador) transfere a outrem (donatário) bem de seu patrimônio, a título de mera liberalidade. Trata-se do mesmo contrato do direito privado, regulado no arts. 538 e seguintes do Código Civil.

A doação é *simples*, quando efetivada sem qualquer restrição e com encargo, ou condicionada, nas ocasiões em que a Administração impuser ao donatário uma obrigação a cumprir em seu próprio favor ou em favor de terceiro. Se descumprido o encargo, a doação deve ser revogada (art. 562 do Código Civil), propondo-se ação judicial para recuperação do bem, caso o donatário não o devolva amigavelmente.

Os requisitos legais para a doação estão previstos na alínea “a” do inc. II do art. 17 da Lei nº 8.666/93, que dispõe o seguinte:

Art. 17 A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

II – quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação (sem destaques no original);

Também o art. 24, II, do mesmo diploma legal, prevê hipótese em que a licitação é dispensável quando faz referência a “alienações, nos casos previstos nessa Lei” na segunda figura.

Mas as hipóteses de exceção ao dever geral de licitar, previstas o art. 17 da Lei 8.666/93, diferem daquelas elencadas no art. 24 do mesmo Estatuto. Nas constantes do art. 17 o Administrador está exonerado de exercer discricção para decidir quanto a dispensabilidade. Já no art. 24, cabe ao administrador decidir discricionariamente se dispensa ou não a licitação caso configurada, no caso concreto, a hipótese definida em tese nos incisos (licitação dispensável).

2.4 REGULAMENTAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO DE BENS MÓVEIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL - DECRETO Nº 99.658/90

Inicialmente, importa salientar que o art. 4º e 5º do Decreto nº 99.658/90⁸ determina que os órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional devem enviar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão⁹ a relação do material classificado como ocioso, recuperável ou antieconômico, disponíveis para reaproveitamento.

Nos demais artigos desse Decreto, consta a determinação de que, nos casos de alienação, a avaliação do material deverá ser feita de conformidade com os preços atualizados e praticados no mercado; e que a Administração poderá optar pelo leilão, nos casos em que couber o convite, e, em qualquer caso, pela concorrência.

Mas é o art. 15¹⁰, cujo *caput* praticamente reproduz dispositivo do art. 17, II da Lei de Licitações, que traz os delineamentos para a destinação dos bens doados em razão do seu estado de conservação e origem. *In verbis*:

Art. 15. A doação, presentes razões de interesse social, poderá ser efetuada pelos órgãos integrantes da Administração Pública Federal direta, pelas autarquias e fundações, após a avaliação de sua oportunidade e conveniência, relativamente à escolha de outra forma de alienação, podendo ocorrer, em favor dos órgãos e entidades a seguir indicados, quando se tratar de material:

I-ocioso ou recuperável, para outro órgão ou entidade da Administração Pública Federal direta, autárquica ou fundacional ou para outro órgão integrante de qualquer dos demais Poderes da União;

II-antieconômico, para Estados e Municípios mais carentes, Distrito Federal, empresas públicas, sociedade de economia mista, instituições filantrópicas, reconhecidas de utilidade pública pelo Governo Federal, e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público;

8 O normativo regulamenta, no âmbito da Administração Pública Federal, o reaproveitamento, a movimentação, a alienação, e outras formas de desfazimento de material.

9 Órgão sucessor da antiga Secretaria de Administração Federal da Presidência da República.

10 Redação dada pelo Decreto nº 6.087, de 2007.

III-irrecuperável, para instituições filantrópicas, reconhecidas de utilidade pública pelo Governo Federal, e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público;

IV-adquirido com recursos de convênio celebrado com Estado, Território, Distrito Federal ou Município e que, a critério do Ministro de Estado, do dirigente da autarquia ou fundação, seja necessário à continuação de programa governamental, após a extinção do convênio, para a respectiva entidade conveniente;

V-destinado à execução descentralizada de programa federal, aos órgãos e entidades da Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e aos consórcios intermunicipais, para exclusiva utilização pelo órgão ou entidade executora do programa, hipótese em que se poderá fazer o tombamento do bem diretamente no patrimônio do donatário, quando se tratar de material permanente, lavrando-se, em todos os casos, registro no processo administrativo competente.

Parágrafo único. Os microcomputadores de mesa, monitores de vídeo, impressoras e demais equipamentos de informática, respectivo mobiliário, peças-partes ou componentes, classificados como ociosos ou recuperáveis, poderão ser doados a instituições filantrópicas, reconhecidas de utilidade pública pelo Governo Federal, e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público que participem de projeto integrante do Programa de Inclusão Digital do Governo Federal.

Art. 16. Verificada a impossibilidade ou a inconveniência da alienação de material classificado como irrecuperável, a autoridade competente determinará sua descarga patrimonial e sua inutilização ou abandono, após a retirada das partes economicamente aproveitáveis, porventura existentes, que serão incorporados ao patrimônio.

Observa-se, no art. 16, louvável iniciativa de se permitir o abandono do material imprestável (sucata), após determinação de baixa e inutilização, nos casos em que a alienação se mostra dificultosa ou inconveniente para Administração.

A doutrina pátria também apregoa a excepcionalidade da transferência do bem por meio de doação. José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 1044), citando o mestre Hely Lopes Meirelles, destaca que a Administração pode fazê-lo “mas tal possibilidade deve ser tida como excepcional e atender a interesse público cumpridamente demonstrado”.

2.5 REAPROVEITAMENTO, CESSÃO E ALIENAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES OFICIAIS

Sabidamente, a imensa frota de veículos dos diversos órgãos e entidades da União representa parte significativa do patrimônio mobiliário da União. Esse é mais um motivo pelo qual deve merecer especial atenção dos gestores públicos.

Importa ressaltar que, nas alienações de veículos automotores, a avaliação prévia, realizada por profissionais da área de Engenharia (art. 7º da Lei Federal nº 5.194, de 24.12.1966 e Resolução nº 218/73 do CONFEA¹¹), reveste-se de especial importância, de modo a ser evitado a trdestinação do patrimônio público (transferência de veículos em boas condições para particulares).

Atualmente, a classificação, utilização, especificação, identificação, aquisição e alienação de veículos oficiais da Administração Pública Federal é disciplinada pela Instrução Normativa nº 3, de 15 de maio de 2008. Seu art. 24 determina que os órgãos e entidades farão apuração do custo operacional dos veículos, visando identificar os passíveis de reparos (recuperáveis) e os antieconômicos ou irre recuperáveis (sucatas), comprovadamente alienáveis.

No que tange ao desfazimento daqueles veículos classificados como ociosos, antieconômicos ou irre recuperáveis, o art. 32 da Instrução Normativa nº 03/2008 faz remissão ao supracitado Decreto nº 99.658, de 30 de outubro de 1990.

Vale dizer que a relação dos classificados como antieconômicos, ociosos ou irre recuperáveis deve ser enviada à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, para fins de eventual reaproveitamento por outros órgãos e que deve ser considerada a oportunidade e conveniência da doação, em relação a outras formas de alienação, regras nem sempre observadas quicá por falta de informação.

3 CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO VIA DOAÇÃO, EXCEÇÃO OU REGRA?

Naprática, observou-se, por muito tempo, um desvirtuamento dos institutos, passando a contratação direta a ser o instrumento mais utilizado para contratações. Demonstrativo das despesas

11 BRASIL. CONFEA, 1973.

licitadas no exercício de 1990 (Gestão Tesouro) mostra que incríveis 93,3% das despesas não foram licitadas.¹²

Jacoby Fernandes (2007) informa que, desde 1993, apenas no ano de 2006 (após o surgimento do pregão) o volume aplicado com licitação foi substancialmente superior ao das contratações diretas. A figura do registro de preços com possibilidade de “carona”¹³ também contribuiu para a redução das contratações diretas.

Embora o presente estudo padeça de mais dados estatísticos, o fenômeno acima delineado pode ser observado nos casos de alienação de bens móveis, quando, freqüentemente, a Administração elege a doação (contratação direta), preferencialmente à licitação, para desfazimento de seus bens, desconsiderando o interesse público.

Não está a se afirmar que o fato de licitar ou deixar de licitar é revelador da probidade do gestor público ou de uma gestão eficiente ou ineficiente do patrimônio público, mas não se pode olvidar que a:

licitação é um instrumento da, hoje denominada “transparência”. Desde de a Declaração dos Direitos do Homem é dever do gestor público prestar contas à sociedade. A expressão “transparência” é um corolário desse dever que a licitação torna mais objetiva. (FERNANDES, 2007, p. 198).

4 DA DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO E DA AVALIAÇÃO PRÉVIA

4.1 DO INTERESSE PÚBLICO

Como já ressaltado, o Estatuto das Licitações e Contratos, em seu art. 17, condiciona a alienação à existência de interesse público e à realização de uma avaliação prévia para a alienação.

Explicando a abrangência da expressão interesse público nas alienações de bens públicos Diógenes Gasparini pondera que, embora não haja definição específica do termo em nosso ordenamento jurídico: “[...] É possível afirmar que interesse público é o que se refere a toda a sociedade. É o interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro” (GASPARINI, 2004).

Oportuna a transcrição dos magistrais ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles a respeito do tema:

12 FERNANDES, 2007, p. 197

13 Utilização, por um órgão administrativo, do registro de preço efetuado por outro órgão. Prevista no art. 8º do Dec. Fed. nº 3.931/2001 (regulamenta, no âmbito federal, o sistema de registro de preços).

No desempenho dos encargos administrativos o agente do Poder Público não tem a liberdade de procurar outro objetivo, ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade. Não pode, assim deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhe são conferidos. Isso porque os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim para serem utilizados em benefício da comunidade administrada. Descumpri-los ou renunciá-los equivalerá a desconsiderar a incumbência que aceitou ao empossar-se no cargo ou função pública. Por outro lado, deixar de exercer e defender os poderes necessários à consecução dos fins sociais, que constituem a única razão de ser da autoridade pública de que é investido, importará renunciar os meios indispensáveis para atingir os objetivos da Administração.

Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade. (MEIRELLES, 1996, p. 81)

Constata-se assim que, ao eleger o interesse público como um dos principais requisitos para a alienação dos bens da Administração o legislador apenas ressaltou, uma vez mais, aquele que é o alicerce de toda a atividade administrativa e finalidade precípua da Administração Pública.

Destarte, ganha saliência a atuação do advogado público como controlador da legalidade dos atos da administração que não observem fielmente o interesse público imediato ou mediato devendo este, para tanto, exigir a adequada motivação de fato e de direito destes atos que vão afetar a esfera de direito dos administrados.

Não se trata de se substituir ao administrador público ou de invadir o mérito do ato administrativo, mas tão somente de se avaliar o atingimento das metas de juridicidade de modo a se garantir, na moderna visão do ilustre administrativista Juarez Freitas, o direito fundamental a boa administração pública que pode ser compreendido como:

O direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. (FREITAS, 2007, p.20)

4.2 DA AVALIAÇÃO PRÉVIA

No que tange à avaliação prévia, Diógenes Gasparini (2004) sustenta que essa é outra exigência imposterável e prévia da alienação de bens públicos. Através dela, atribui-se, o mais exato possível, o valor ao bem público. A avaliação é formalizada por meio de um laudo de avaliação, que deve ser resultado da aplicação de critérios e métodos objetivos, consubstanciados na NB-502 da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.

O laudo de avaliação deve ser assinado por profissionais da área de Engenharia (art. 7º da Lei federal nº 5.194, de 24.12.1966 e Resolução nº 218/73, do CONFEA), pertencentes ou não ao quadro de pessoal da Administração Pública. O avaliador e os membros de comissão de avaliação são nomeados por portaria e, se servidores da Administração Pública alienante, podem receber, existindo lei a respeito, uma gratificação. Se estranhos ao quadro de servidores dessa entidade, precisam ser contratados, como regra, mediante o competente processo licitatório.

A avaliação é importante porque, segundo Justen Filho (2004), nunca poderá fazer-se a alienação simplesmente pelo maior preço. Há um preço mínimo, obtido por meio da avaliação, que não pode ser ignorado. Destarte, se o maior preço for inferior ao mínimo, a alienação é inviável. Importante consignar que o resultado da avaliação deve ser indicado no ato convocatório da licitação.

Antônio Roque Citadini (1997) vai mais adiante, ao analisar as condicionantes da doação de bens móveis. Sustenta que, além de só poder ser para fim e uso de interesse social, é necessário fazer-se avaliação não só econômica, mas também de mérito, que analisará a oportunidade e conveniência, justificando ser a doação a melhor forma de alienação, no caso concreto.

5 UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS OBTIDOS SEGUNDO REGRAMENTO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A utilização dos recursos obtidos com a alienação de bens públicos não é livre. Segundo o disposto no art. 44 da LRF, esse numerário não pode ser utilizado no financiamento de despesas correntes, salvo se destinado, por lei, aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos.

Flávio C. de Toledo Junior e Sérgio Ciqueira Rossi (2001) ressaltam que o dinheiro obtido com a alienação de bens e direitos servirá, a rigor, para realizar investimentos ou amortizar dívida consolidada; isto é, será

despendido em gasto de capital. As variações patrimoniais negativas e positivas, assim, equivaler-se-ão.

6 CONCLUSÃO

Como visto, alienação de bens públicos, que consiste na transferência de sua propriedade a terceiros, pode ser medida útil à Administração, conquanto haja interesse público na transferência e desde que observadas as normas legais pertinentes.

O desfazimento dos bens, no âmbito da administração pública federal, *por meio de doação*, só poderá ocorrer após a efetiva demonstração de oportunidade e conveniência sócio-econômica da mesma, relativamente à escolha de outra forma de alienação, cabendo ao gestor observar todos os procedimentos supramencionados, inclusive no tocante à abertura de um processo de *dispensa de licitação*, com amparo no art. 17, II, “a”; art. 17, §4º da Lei 8.666/93 e art. 15 do Decreto 99.658/90, oportunamente aprovado pela área consultiva da Advocacia-Geral da União (art. 38, § único da Lei de Licitações).

REFERÊNCIAS

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT. *Norma ABNT NB-502/89 (NBR 5676). Avaliação de Imóveis Urbanos*. Associação Brasileira de Normas Técnicas, ABNT, Rio de Janeiro, 1990

BRASIL. Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CONFEA. 1973. *Resolução nº 218/73*. Disponível em: <http://normativos.confea.org.br/ementas/lista_ementas.asp>. Acesso em: 02 set. 2008.

BRASIL. Ministério do Planejamento. *Instrução Normativa nº 03/2008*. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/srh/anexos_inveiculo/080515_in_3.pdf>. Acesso em: 02 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. *Código Civil*. Lei nº 10,046, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 3931, de 19 de setembro de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm>. Acesso em: 02 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 5087, de 20 de abril de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6087.htm>. Acesso em: 02 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 99.658, de 30 de outubro de 1990*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 02 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. *Lei 8.666 de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666compilado.htm>. Acesso em: 02 se. 2008.

BRASIL. Presidência da República. *Lei Federal nº 5.194, de 24.12.1966*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 02 set. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 2006.

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

FERNANDES, Ulisses Jacoby. *Contratação Direta Sem Licitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. Bens Públicos. *Revista Zênite ILC Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, p.308-318, abr. 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética. 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1966.

SANTOS FILHO, José Carvalho dos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciqueira. *Lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: NDJ, 2001.

SEGURO-DESEMPREGO: IRREGULARIDADES E REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Silvana Regina Santos Junqueira
Advogada da União
especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada
da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Sumário: Introdução; 1 Análise histórica; 2 Conceito e natureza jurídica; 3 Requisitos para recebimento do Seguro-Desemprego; 4 Irregularidades no recebimento do Seguro-Desemprego; 5 Fundamentos para a ação de repetição de indébito; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O Programa do Seguro-Desemprego representa proteção social ao trabalhador em situação de desemprego involuntário. Sua estruturação necessita de constante acompanhamento, para adaptá-lo às rápidas mudanças no mercado de trabalho e para aumentar seu grau de eficiência e segurança, de modo a detectar precocemente as fraudes e as irregularidades e impedir evasão de recursos públicos através de pagamentos indevidos, que demandam a atuação da Administração Pública para o ressarcimento ao Erário, na via administrativa e na via judicial, e cuja repressão é imperiosa para a viabilidade e a credibilidade do programa.

PALAVRAS-CHAVE: Seguro-Desemprego. Irregularidades. Recebimento Indevido. Ação de Ressarcimento.

ABSTRACT: The Brazilian Unemployment Insurance Program represents social protection for the involuntarily unemployed worker. Its structure needs constant attendance, in order to adapt it to the quick changes in the labor market and to increase its level of efficiency and safety, in order to detect precociously frauds and irregularities and obstruct the evasion of public resources through undue payments, that demand the actuation of the Public Administration for the reimbursement to the Public Treasury, by administrative and judicial vias, whose repression is imperative to the viability and the credibility of the program.

KEYWORDS: Brazilian Unemployment Insurance Program. Irregularities. Undue Receipt. Reimbursement Action.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir os fundamentos jurídicos que possibilitam a cobrança, pela União, das parcelas do benefício de Seguro-Desemprego, indevidamente recebidas, para averiguar a adequação de propositura da ação judicial no âmbito da Advocacia Geral da União.

Para tanto, procedeu-se à análise da evolução histórica, conceito, natureza jurídica, finalidade, beneficiários, requisitos para habilitação, hipóteses de concessão, suspensão e cancelamento do benefício, nos termos da legislação de regência do Seguro-Desemprego. Foram pesquisadas também as irregularidades no recebimento do benefício, identificadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

A escolha do presente tema-problema originou-se nas situações vivenciadas na prática profissional como advogada pública, na qual se depara com divergência jurisprudencial no tocante aos pedidos de repetição de indébito de Seguro-Desemprego em ações ajuizadas pela União.

A investigação teve como principais parâmetros a Constituição da República Federativa do Brasil, a Lei 7.998, de 11 de janeiro de 1990, as Resoluções do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT e as decisões judiciais sobre a matéria.

A pesquisa se desenvolveu com análise de material teórico-bibliográfico e documental que compreende a legislação de regência, jurisprudência, textos jurídicos relativos ao tema e dados fornecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego. O material bibliográfico foi coletado em artigos jurídicos, livros, decisões dos tribunais e textos disponibilizados eletronicamente na Internet. Utilizando-se do método dedutivo de pesquisa, partindo do tema genérico – o benefício do Seguro-Desemprego –, o estudo foi aprofundado e delimitado quanto ao tema específico – o recebimento indevido de Seguro-Desemprego. O estudo empregou ainda o método indutivo, através da análise das decisões judiciais proferidas pelos juízes federais da Seção Judiciária de Minas Gerais, para obtenção de uma conclusão de ordem geral e abstrata.

O tema desperta interesse diante das elevadas taxas de desemprego no Brasil, bem como da necessidade de adequação do benefício às transformações do mercado de trabalho, ao mesmo tempo em que as irregularidades verificadas no recebimento do benefício demandam a atuação da Administração Pública para o ressarcimento ao Erário, na via administrativa e na via judicial.

1 ANÁLISE HISTÓRICA

O início do século XX foi marcado pelo surgimento de constituições que expressam maior preocupação com os direitos sociais, como a Constituição mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, a Constituição Soviética de 1918 e a Carta do Trabalho de 1927. A atuação reclamada do Estado aponta, então, para uma intervenção positiva para a implementação da igualdade social dos hipossuficientes.

Nessa época, surge a Seguridade Social como direito da classe trabalhadora, na prestação de assistência em casos de afastamento do trabalho, redução de sua capacidade laborativa ou amparo aos dependentes do trabalhador.

No Brasil, a Constituição Federal de 1946, em seu art. 157, inc. XV, já previa a “assistência aos desempregados”.

A Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, Lei Orgânica da Previdência Social, trouxe, em seu art. 167, a previsão de que “Para atender a situações excepcionais decorrentes de crise ou calamidade pública, que ocasionem desemprego(sic) em massa poderá ser instituído o seguro-desemprego (sic), custeado pela União e pelos empregadores”.

Mas o dispositivo constitucional só foi regulamentado com a edição da Lei nº 4.923, de 23 de dezembro de 1965, que, em seu art. 5º, dispôs sobre a instituição de um plano de assistência aos trabalhadores, em auxílio em dinheiro, não excedente a 80% (oitenta por cento) do salário-mínimo local devido, até o prazo máximo de 6 (seis) meses. Essa lei também já previa, como motivos do cancelamento do pagamento do auxílio, a readmissão e a recusa, por parte, do desempregado, de outro emprego apropriado, bem como sua inacumulabilidade com salário ou com quaisquer outros benefícios concedidos pela Previdência Social. A vigência dessa lei, entretanto, estava condicionada à criação de um fundo e à sua regulamentação, que só veio a ocorrer pelo Decreto 58.155/66, que instituiu o Fundo de Amparo ao Desempregado.

O inc. XVI do art. 158 da Constituição de 1967 manteve a garantia, estabelecendo que seria assegurado aos trabalhadores “previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez ou morte”, porém sem a regulamentação que lhe garantisse aplicação prática.

Não obstante a existência dessa legislação anterior, o sistema do Seguro-Desemprego só foi efetivamente instituído no Brasil no ano

de 1986, por meio do Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986, regulamentado pelo Decreto n.º 92.608, de 30 de abril de 1986.

Posteriormente, foi alterado pela Lei n.º 7.998, de 11 de janeiro de 1990, pela qual foi também criado o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT, responsável pela gestão do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, destinado ao custeio do Programa do Seguro-Desemprego, ao pagamento do Abono Salarial e ao financiamento do Programa de Desenvolvimento.

Em 1º de julho de 1994, entrou em vigor a Lei n.º 8.900/94, que estabeleceu novos critérios diferenciados para a concessão de 03 a 05 parcelas do benefício, dependendo do tempo de vínculo empregatício comprovado.

Quanto à regulamentação, o art. 19, inc. V, da Lei n.º 7.998/90, prevê expressamente que compete ao CODEFAT propor o aperfeiçoamento da legislação relativa ao Seguro-Desemprego e regulamentar os dispositivos da lei no âmbito de sua competência, o que é feito por meio de resoluções daquele órgão.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O Seguro-Desemprego é um benefício temporário, com finalidade de promover a assistência financeira ao trabalhador desempregado, dispensado sem justa causa, inclusive por dispensa indireta.

A natureza jurídica do benefício do Seguro-Desemprego é tema de controvérsia entre os doutrinadores.

O Ministério do Trabalho e Emprego, ao conceituar o Seguro-Desemprego, considera ser um “benefício da seguridade social” (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2008). Ocorre que a seguridade social, tal como concebida na Constituição de 1988, está dividida em três grandes áreas de atuação: saúde, previdência social e assistência social. Essa última, segundo o art. 203 da Constituição Federal, será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e tem, entre seus objetivos, a promoção da integração ao mercado de trabalho, que é também uma das finalidades do programa do Seguro-Desemprego.

Como a maioria da doutrina, Sérgio Martins Pinto (2001, p. 451) defende que:

[...] Trata-se, portanto, de um benefício previdenciário e não de uma prestação de assistência social, pois o inciso IV do art. 201 da Constituição esclarece que o citado pagamento ficará por conta da Previdência Social.

De fato, a leitura do texto constitucional de 1988 parece indicar, à primeira vista, tratar-se de benefício previdenciário, já que o art. 201, inciso III, da Carta Magna, dispõe que a previdência social atenderá à “proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário”.

Afirmando também a natureza previdenciária do benefício, observa Wagner Balera (1993, p. 73.) que “se, sem justa causa, é rompido o vínculo laboral, tal fato desencadeia a proteção previdenciária e a natureza específica da relação jurídica que se instaura por força da Lei nº 7.998/1990 é, com base em tal ordem, de seguridade social.”

Quanto ao custeio, quem paga o benefício não é a Previdência Social, mas o Ministério do Trabalho, com receitas do Fundo de Assistência ao Trabalhador – FAT.

Com esse argumento, Ricardo Verta Luduvise (1999, p. 36) afirma que o Seguro-Desemprego “pode ser considerado assistenciário, por ser custeado por impostos e não por contribuições particulares do empregado”.

Assevera Filipe Diffini Santa Maria (2007, p.63) que:

[...] o seguro-desemprego, tal como está posto, tem nítida natureza assistencial, pelos seguintes motivos:

- não há uma fonte de custeio específica, de natureza previdenciária, para o pagamento do seguro-desemprego;
- quem arca com as despesas é o Fundo de Amparo ao Trabalhador;
- não há exigência de filiação prévia ao sistema para o recebimento, bastando demonstração de vinculação empregatícia por, no mínimo, 6 meses;
- não há contribuição direta do empregado; e
- compete ao Ministério do Trabalho o cumprimento do programa do seguro-desemprego.

Esse autor acrescenta que “a natureza assistencial do seguro-desemprego é flagrante”, citando Marina Vasques Duarte, para quem “os benefícios assistenciais não se confundem com os benefícios devidos pela previdência social. Enquanto aqueles são concedidos com base apenas na necessidade, estes são concedidos àqueles que contribuem para o sistema”, e conclui que “em razão disso, resta ainda desregulamentado o benefício previdenciário previsto no art. 201, III, da CF/1988”. (2007, p.65).

De fato, na assistência social não existe o princípio da contrapartida, ou seja, o benefício recebido não depende de contribuição realizada, ao contrário do que acontece com os benefícios da previdência social, que, segundo Maria Lucia Teixeira Werneck Viana (2004, p. 20),

é um sistema de cobertura dos efeitos de contingências associadas ao trabalho, lastreado nas contribuições dos afiliados para seu custeio e que tem por objetivo ofertar benefícios aos contribuintes – previdentes – quando, em ocasião futura, ocorrer perda ou redução da capacidade laborativa dos mesmos.

É certo que, no caso do Seguro-Desemprego, um dos requisitos para habilitação ao benefício é o vínculo empregatício formal anterior à dispensa, nos períodos especificados na lei. Essa exigência, entretanto, não se confunde com contribuição ao sistema previdenciário, pois outras categorias de segurados, como o autônomo, mesmo sendo contribuintes da Previdência Social, não se incluem entre os beneficiários do Seguro-Desemprego. É, assim, um benefício não-contributivo. Além disso, o Seguro-Desemprego não tem correlação com perda ou redução da capacidade laborativa, como os benefícios previdenciários. Conclui-se, pois, que se trata de benefício da seguridade social, na modalidade assistencial.

3 REQUISITOS PARA RECEBIMENTO DO SEGURO-DESEMPREGO

O art. 7º, II, da Constituição de 1988, prevê expressamente que o Seguro-Desemprego é direito dos trabalhadores urbanos e rurais, em caso de desemprego involuntário.

Atualmente o Seguro-Desemprego é devido: a) ao empregado dispensado sem justa causa (art. 3º da Lei 7.998/90); b) ao empregado doméstico, a partir de junho de 2001, desde que o seu empregador tenha optado pelo recolhimento das parcelas do FGTS (art. 3º-A, da Lei 5.859/72, incluído pela Lei 10.208/2001); c) ao pescador artesanal, que desempenhe suas atividades individualmente ou em regime de economia familiar, durante o período do defeso (art. 1º da Lei nº 8.287/91 e art. 1º da Lei nº 10.779/03; d) ao trabalhador resgatado do regime de trabalho forçado ou condição análoga à de escravo (art. 2º-C da Lei 7.998/90, incluído pela Lei nº 10.608/2002).

O trabalhador formal tem direito de 3 a 5 parcelas do benefício, a cada período aquisitivo de 16 meses. A quantidade de parcelas depende do número de meses trabalhados nos últimos 36 meses anteriores à data da dispensa, ou seja; a) de 6 a 11 meses: 3 parcelas; b) de 12 a 23 meses:

4 parcelas; c) de 24 a 36 meses: 5 parcelas. Para o pescador artesanal, o número de parcelas corresponde a quantos forem os meses de duração do período de defeso. O empregado doméstico, com recolhimento de FGTS, e o trabalhador resgatado recebem, no máximo, 3 parcelas. O valor das parcelas é variável, conforme a faixa salarial do trabalhador e a regra de cálculo prevista no art. 1º da Resolução CODEFAT nº 479/2006.

O requerimento do benefício pode ser feito nos Postos de Atendimento das Delegacias Regionais do Trabalho, nos postos do Sistema Nacional de Emprego, nas entidades sindicais cadastradas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e nas agências da Caixa Econômica Federal, mediante apresentação de formulário próprio (Requerimento do Seguro-Desemprego) e comprovação dos critérios de habilitação.

Segundo a legislação vigente, o trabalhador deverá comprovar:

- a) ter sido dispensado sem justa causa;
- b) ter recebido salários consecutivos no período de 6 meses imediatamente anteriores à data da dispensa, de uma ou mais pessoas jurídicas ou físicas equiparadas às jurídicas;
- c) ter sido empregado de pessoa jurídica ou pessoa física equiparada à jurídica durante, pelo menos, 06 meses nos últimos 36 meses que antecederam à data de dispensa;
- d) não estar em gozo de qualquer benefício previdenciário, com exceção do auxílio-acidente e da pensão por morte; e
- e) não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente a sua manutenção e de sua família.

A comprovação desses requisitos deverá ser feita no ato do requerimento do benefício, especialmente pelas anotações da Carteira de Trabalho e pela apresentação do Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho.

Também está previsto na legislação que a comprovação dos demais requisitos será feita mediante declaração firmada pelo trabalhador, no Requerimento do Seguro-Desemprego - RSD. Neste ponto, vale notar que esse formulário contém declaração expressa, assinada pelo requerente, de que, caso venha a conseguir outro emprego enquanto estiver recebendo o Seguro-Desemprego, avisará a um Posto de Atendimento do Seguro-Desemprego, e de que conhece as condições para receber o benefício e, em caso de recebimento indevido, compromete-se a devolvê-lo ao FAT.

O Ministério do Trabalho e Emprego também faz verificação dos requisitos por meio de sistema informatizado nos bancos de dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – CAGED e do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, do Ministério da Previdência Social. O sistema informatizado verifica: número do PIS do requerente; CNPJ da empresa que gerou o requerimento; verificação de

reemprego, por meio de confrontação com as informações contidas no CAGED; verificação de recebimento de renda, de outra fonte, por meio de dados contidos nas informações do CNIS. O Ministério do Trabalho e Emprego assim denomina esses procedimentos:

- a) pré-triagem: obrigatoriedade de o requerente apresentar a documentação necessária para solicitação do benefício, no Posto de Atendimento, para conferência visual e comprovação dos requisitos de habilitação;
- b) triagem: o requerimento é submetido a diversas verificações cadastrais, nos sistemas de CGC, RAIS, PIS/PASEP e CNIS, para consistência e validação das informações;
- c) pós-triagem: conferência da documentação do beneficiário no ato do pagamento de cada parcela, para nova verificação dos requisitos legais, incluindo a confirmação da permanência na condição de desempregado.

A legislação trata ainda das hipóteses de suspensão e de cancelamento do pagamento do Seguro-Desemprego, nos artigos 7º e 8º da Lei 7.998/90. Entre as hipóteses de suspensão, inclui-se a admissão do trabalhador em novo emprego e o início de percepção de benefício de prestação continuada da Previdência Social, exceto o auxílio-acidente, o auxílio suplementar e o abono de permanência em serviço.

O benefício do Seguro-Desemprego será cancelado pela recusa, por parte do trabalhador desempregado, de outro emprego condizente com sua qualificação e remuneração anterior; por comprovação de falsidade na prestação das informações necessárias à habilitação; por comprovação de fraude visando à percepção indevida do benefício do Seguro-Desemprego; por morte do beneficiário.

4 IRREGULARIDADES NO RECEBIMENTO DO SEGURO-DESEMPREGO

Dados do Ministério do Trabalho e Emprego mostram que, do número de requerentes, no ano de 2004, que foi de 4.876.683 pessoas, 13,40% foram notificados por meio do sistema informatizado como não habilitados por não preencher os requisitos da lei. Em 2005, um projeto-piloto do Ministério do Trabalho do Rio Grande do Sul apontou que 3% dos benefícios pagos anualmente são irregulares (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2008). Em razão desse fato, o MTE vem desenvolvendo ações de aperfeiçoamento do sistema informatizado, de modo a impedir que haja evasão de recursos públicos.

Não se pode ignorar, também, que o mercado de trabalho brasileiro apresenta atualmente um grande número de relações de

trabalho informais, o que acarreta maior dificuldade para análise da habilitação do trabalhador que pleiteia o Seguro-Desemprego.

Dentre as fraudes mais frequentes, estão o conluio entre o trabalhador demitido e a empresa, com a continuidade do trabalho sem carteira assinada; o exercício de trabalho autônomo remunerado durante o período de percepção do benefício; a utilização de empresas-fantasma para celebração de contratos e posterior afastamento para obtenção do benefício; o trabalho remunerado em cooperativas de trabalho durante o período de benefício e o retorno do trabalhador ao mercado formal de trabalho, com continuidade do recebimento do benefício.

Os casos que envolvem falsificação de registros ou conluio de empresas com empregados são considerados fraudes, acarretando inclusive a responsabilização penal, nos termos da lei. Os demais artifícios usados pelos trabalhadores para burlar as regras do benefício são classificados apenas como benefícios irregulares, e quando a irregularidade é descoberta, o trabalhador é notificado para restituir o dinheiro recebido indevidamente.

5 FUNDAMENTOS PARA A AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

A irregularidade mais facilmente constatada pelo sistema informatizado é a continuidade de recebimento do benefício depois que o trabalhador já está reempregado. Em razão da defasagem de tempo existente entre a demissão, a admissão posterior e a informação liberada nos bancos de dados que servem de base para consulta do sistema, pode ocorrer a liberação indevida de parcelas do Seguro-Desemprego.

A cada liberação de parcelas, o sistema faz verificações no banco de dados. Se for constatado pagamento indevido, o segurado é notificado, pela via administrativa, a devolver ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT - a quantia recebida indevidamente. Caso o beneficiário não proceda à restituição, o procedimento administrativo é encaminhado à Advocacia-Geral da União para propositura de ação de cobrança.

De 2005 a 2008, já foram constatados no Estado de Minas Gerais 2.690 casos de recebimento indevido, com notificação administrativa do beneficiário para restituição (informação verbal)¹.

Restando infrutíferas as notificações administrativas, as ações judiciais de repetição de indébito começaram a ser propostas pela Procuradoria da União no ano de 2007. Em defesa, as alegações mais frequentes dos réus são de recebimento de boa-fé, desconhecimento da proibição de receber o benefício após a admissão em novo emprego, bem

1 Informação fornecida por Patrícia Parodi, servidora da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em Minas Gerais, em 27/06/2008.

como do dever de restituí-lo, e irrepetibilidade do benefício, por sua natureza alimentar.

O Poder Judiciário Federal tem manifestado entendimentos diversos nos julgamentos realizados em 1ª instância, nessas ações, e, na Seção Judiciária de Minas Gerais, já foram proferidas tanto sentenças de procedência como de improcedência do pedido de restituição apresentado pela União, em casos análogos. O julgamento de improcedência baseia-se no princípio da irrepetibilidade das parcelas de natureza alimentar, a exemplo da sentença proferida na ação ordinária nº 2007.38.00.022026-2, pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Houve, inclusive, manifestação recente de membro do Poder Judiciário na imprensa, contrariamente ao ajuizamento de tais ações, em razão da inexpressividade dos valores a serem restituídos (Revista Encontro nº 74, ano VII, março de 2008, pág. 22).

Há, entretanto, precedente jurisprudencial que admite a via da ação de repetição de indébito para a restituição dos valores de Seguro-Desemprego indevidamente recebidos: “[...] a União dispõe dos meios necessários à cobrança de parcela de Seguro-Desemprego que deve ser repetida” (TRF 4ª Região, AI nº 2003.04.01.030941-0/PR, DJU 15/10/2003, p.843).

Independentemente do valor das parcelas, não se pode negar que o recebimento das mesmas em situação contrária à lei configura locupletamento indevido, e como tal, sujeito à devolução, nos termos dos artigos 884 a 886 do Código Civil em vigor. Essas irregularidades não podem ser acolhidas como inofensivas, levando-se em consideração tão-somente o seu valor econômico.

A apropriação de parcelas do Seguro-Desemprego pelo beneficiário, quando já posicionado em nova ocupação empregatícia, sem comunicar o reemprego ao órgão pagador do benefício (como, frise-se, compromete-se expressamente a fazer, no ato do requerimento), revela situação que reclama o ajuizamento da ação de repetição do indébito pela União, sob pena de inobservância do princípio da legalidade. É que os recursos dispendidos são públicos e sua aplicação só se faz nos limites da lei.

A devolução está prevista na própria legislação regente do benefício. Com efeito, o legislador, no art. 25 da Lei nº 7.998/90, instituiu mecanismos legais que permitem, além da repreensão das condutas fraudulentas nas esferas administrativa e criminal, o ressarcimento ao FAT dos valores que de lá possam ter sido retirados indevidamente:

Art. 25. O empregador que infringir os dispositivos desta lei estará sujeito a multas de 400 (quatrocentos) a 40.000 (quarenta

mil) BTN, segundo a natureza da infração, sua extensão e intenção e intenção do infrator, a serem aplicadas em dobro, no caso de reincidência, oposição à fiscalização ou desacato à autoridade.

[...]

§ 2º Além das penalidades administrativas já referidas os responsáveis por meios fraudulentos na habilitação ou na percepção do Seguro-Desemprego serão punidos civil e criminalmente, nos termos desta lei.

Também a Resolução CODEFAT nº 467/2005 não deixa dúvidas quanto à obrigatoriedade de restituição de parcelas indevidamente recebidas:

Art. 21. As parcelas do Seguro-Desemprego, recebidas indevidamente pelos segurados, serão restituídas mediante depósito em conta do Programa Seguro-Desemprego na Caixa Econômica Federal - CAIXA, exceto nos casos de restituição por determinação judicial que será efetuada mediante Guia de Recolhimento da União - GRU.

Cumpre notar que, desde a edição da Lei nº 4.923/65, a legislação brasileira sempre proibiu a cumulação do benefício com salário, remuneração ou outros benefícios concedidos pela Previdência Social, sendo requisito de habilitação que o requerente não possua renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.

Por outro lado, a tese de desconhecimento da proibição de receber o benefício após a admissão em novo emprego não se sustenta diante da Lei de Introdução ao Código Civil, que prevê que a ninguém é dado descumprir a lei, por desconhecê-la. Além disso, é público e notório que o Seguro-Desemprego destina-se a resguardar apenas o trabalhador desempregado.

A questão foi muito bem analisada pelo Professor José Celso Martins (2006, p. 31):

[...] A partir de 1950, o Brasil inverteu um quadro de população demograficamente instalada no campo para uma população urbana. Hoje, mais de 70% da população ocupa os grandes centros. Atualmente, o homem urbano tem acesso a quase todos os meios de comunicação e as informações pulsam por todos os lados em jornais, revistas, rádio, televisão e internet. Os meios de comunicação dividem espaço com o poder instituído.

[...] Não existe a ausência de informação ou a ignorância quanto ao que está sendo contratado entre o empregado e o empregador. Todos, salvo raras exceções que poderão ser facilmente percebidas, têm acesso a todos os meios de comunicação e não agem ou aceitam condições por ignorância ou desconhecimento do direito, aceitam em razão de circunstâncias e conveniências recíprocas.

Não há sentido, portanto, que a Justiça do Trabalho e os operadores do direito continuem a falar em hipossuficiência do empregado, especialmente nos grandes centros, e principalmente quando o fato é de relevância social e envolve fraude.

A hipossuficiência que se reconhece ao empregado não se refere a sua ignorância ou desconhecimento quanto aos seus direitos, mas sim quanto ao desnível econômico que existe na relação empregado-empregador. A própria CLT admite, para o reconhecimento da relação de emprego, a dependência econômica. A partir dessa observação legal, temos que reconhecer que todas as outras serão acessórias.

É o que está ocorrendo com relação ao Seguro-Desemprego, questão de grande relevância social que vem sendo objeto de fraude constante promovida por empregados e empregadores. O empregado em gozo do benefício do Seguro-Desemprego inicia nova relação de emprego sem a devida anotação em sua CTPS, fato que ocorre com o conhecimento e conivência do empregador. Tal procedimento leva prejuízo ao Estado que, para solucionar a burla, aumenta a burocracia para a manutenção do sistema. O Poder Judiciário, de outro lado, faz vistas grossas, como se não fosse de sua responsabilidade conhecer as fraudes e coibi-las exemplarmente.

[...] A impunidade provoca comportamentos, cria valores e sentimentos individuais e de massa que não podemos, ao certo, avaliar as proporções. Criar normas e benefícios para serem objeto de ilícitos no qual todos pactuam e todos concordam é uma aberração sem propósito. A punição deve vir para todos e a ética deve ser praticada e estimulada em todos os níveis.

A alegação de ignorância da proibição legal de continuar recebendo o Seguro-Desemprego após o reemprego também já foi objeto de apreciação judicial em ações penais, e não tem sido aceita, como se pode constatar pelos seguintes julgados:

[...]

3. Não socorre a versão de ausência de dolo na conduta do agente que saca parcelas do Seguro-Desemprego no período em que já havia celebrado novo contrato de trabalho. Tratando-se de benefício que visa promover o amparo temporário do trabalhador dispensado sem justa causa, por óbvio não há possibilidade de recebimento do mesmo quando é retomada a condição de empregado. (TRF-4, APELAÇÃO CRIMINAL Processo: 2005.71.07.004950-8 UF: RS, Data da Decisão: 21/03/2007)

Em seu voto, destacou o relator Des. Élcio Pinheiro de Castro:

[...] Entretanto, não merece prevalecer a tese de ausência de dolo no comportamento do réu. Por oportuno, peço vênha para reproduzir a bem-lançada análise efetivada pelo ilustre Magistrado a quo, demonstrando de maneira irrefutável a culpabilidade de Jonas (fl. 56):

Alega o acusado desconhecimento de que a conduta seria ilícita. É consabido, no entanto, não ser permitido o saque quando o trabalhador retorna ao mercado de trabalho. Decorre da compreensão axiológica da norma, sendo desnecessário o conhecimento da letra da lei, já que se trata de benefício cuja finalidade é justamente promover a assistência financeira temporária do trabalhador, em virtude de dispensa sem justa causa. A própria definição trazida pelo nome 'Seguro-Desemprego' torna inverossímil a alegação do réu. Ora, tratando-se de benefício que visa proteger o trabalhador do desemprego, por óbvio não há possibilidade de recebimento do mesmo quando retomada a condição de empregado.

E ainda:

1. Demonstrado pelo conjunto probatório que o apelante sacou valores da conta do seguro-desemprego, mesmo estando trabalhando, induzindo, assim, em erro a União, que pagou seguro-desemprego a quem estava empregado, é imperiosa a manutenção da sentença que condenou aquele nas penas do art. 171, caput, do CP.

2. A vantagem ilícita pode consistir no saque indevido de seguro-desemprego.

3. O prejuízo alheio necessário à configuração do crime de estelionato pode ser sofrido pela União no momento em que esta paga indevidamente seguro-desemprego.

4. 'O desconhecimento da lei é inescusável'. No caso, não se tem por configurada hipótese de escusável erro sobre a ilicitude do procedimento, porquanto é público e notório que o seguro-desemprego destina-se a resguardar pessoas desempregadas, sendo instituto de política pública assistencial.

5. Apelo improvido" (TRF1, ACR 1999.41.00.001318-5/RO; Publicação: 13/01/2006 DJ p.40)

[...]

3. O dolo na conduta do réu se mostrou presente nos autos, não sendo crível que não soubesse que, estando novamente empregado, não poderia mais receber o benefício de seguro-desemprego. O réu, assim, manteve em erro a Caixa Econômica Federal, por ter deixado de comunicar tal fato à empresa pública, auferindo com isso vantagem indevida. (TRF3, ACR 16740, Processo: 2000.61.16.001598-5/SP, data do julgamento: 17/04/2007).

Embora a análise acima tenha ocorrido no âmbito penal, é de se ter como perfeitamente aplicável à pretensão de ressarcimento do indébito, eis que a reprovabilidade penal é reconhecidamente mais grave que a civil.

Outro aspecto a ser destacado é que, ainda que o *quantum* individualmente considerado seja de pouca monta, o saque indevido de parcelas de Seguro-Desemprego atinge o patrimônio público, uma vez que o custeio do programa é feito com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador, como dito antes. Portanto, a persecução judicial do ressarcimento não deve ser analisada apenas pelo valor nominal da vantagem indevidamente recebida, mas também pela relevância do bem jurídico tutelado. Significa dizer que a repetição do indébito justifica-se, além da recomposição do erário, pela repressão da conduta danosa, em face da lesividade social que representa.

É que, segundo Foucault (2004, p.78) , “o prejuízo que um crime traz ao corpo social é a desordem que introduz nele: o escândalo que suscita, o exemplo que dá, a incitação a recomeçar se não é punido, a possibilidade de generalização que traz consigo”.

Como já dito, embora a ação de ressarcimento seja matéria cível, a jurisprudência penal aqui também se amolda, no sentido de reconhecer que, na hipótese de recebimento indevido de Seguro-Desemprego, há que se atentar não só para o valor da restituição, mas principalmente para a natureza e relevância do bem jurídico violado, bem como para

o desvalor da conduta, a exemplo do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

2. Não se aplica o princípio da insignificância nas fraudes contra o Programa de Seguro-Desemprego, uma vez que, ainda que ínfimo o valor obtido com o estelionato praticado, deve ser levado em consideração, nesses casos, o risco de desestabilização do referido programa. É que, se a prática de tal forma de estelionato se tornasse comum entre os cidadãos, sem qualquer repressão penal, certamente acarretaria, além de uma grande lesão aos cofres públicos, um enorme desequilíbrio em seu desenvolvimento, a ponto de tornar inviável a sua manutenção pelo Governo Federal, prejudicando, assim, àqueles trabalhadores que efetivamente viessem a necessitar dos benefícios oferecidos pelo referido programa.

3. Ademais, se fosse levado em consideração, para a aplicação do princípio da insignificância, apenas o valor percebido, de forma fraudulenta, do Programa de Seguro-Desemprego, estaria se criando, assim, uma autorização para a prática de tais condutas lesivas, sem qualquer risco de reprovação penal, bastando apenas, para tanto, que os valores recebidos com a fraude fossem de pequena monta. (HC 43.474/MG, julgado em 04.09.2007, DJ 01.10.2007 p. 301)

Quanto à irrepetibilidade da parcela indevidamente recebida, diante da caracterização do benefício do Seguro-Desemprego como verba alimentar, há que se ponderar que o princípio não é absoluto.

Destaca-se que não há, no Direito brasileiro, dispositivo legal que proíba a repetição da verba alimentar, tratando-se de regra não escrita, disseminada na doutrina e na jurisprudência, e que tem sua origem no Direito Português, como informa José Ignácio Botelho de Mesquita (1981, p. 58). Esse autor esclarece, entretanto, que já “havia normas nas Ordenações, a respeito da restituição dos alimentos que a mãe prestava aos filhos quando estes, por morte do pai, adquiriam uma condição melhor do que a dela” (1981, p. 58).

Marco Antônio Botto Muscari (2001, p. 44) discute a repetibilidade dos alimentos, em artigo sob o título “Aspectos controvertidos da ação de alimentos”, e conclui:

[...] A irrepetibilidade dos alimentos constitui regra não escrita do Direito brasileiro. A subsistência dessa regra, proclamada pela doutrina e pela jurisprudência, não obstante a falta de apoio em texto

legal, por si só demonstra a necessidade a que corresponde. Sua revogação não pode ser afirmada a partir de texto legal inespecífico, como o artigo 811, I, do CPC. Admito, porém, alguma relativização da norma, em casos excepcionais, como o de o autor obter alimentos provisórios mediante o uso de documento falso.

Ora, o mesmo ocorre em relação ao benefício do Seguro-Desemprego. Ainda que seja considerado como verba alimentar, a aplicação do princípio da irrepetibilidade há de sofrer mitigação quando, concomitantemente, o trabalhador percebe outro tipo de remuneração pelo seu trabalho, em ofensa à previsão legal e à própria razão de ser de seu recebimento, que é o desemprego.

Segundo Orlando Gomes (1999, p. 427):

Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada.

O termo alimentos é também conceituado por Yussef Said Cahali (2002, p.16):

Adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, a palavra “alimentos” vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção. (CAHALI, 2002, p. 16).

Assim, a percepção de outra renda descaracteriza a parcela de Seguro-Desemprego como benefício alimentar, pois o trabalhador já terá, então, outro meio de prover sua subsistência, com o salário, e este é que tem, originalmente, essa natureza. É dizer: não há o que se falar em irrepetibilidade por tratar-se de verba alimentar, pois, na espécie, o trabalhador tem direito de se alimentar com seu salário, e não com o benefício indevidamente recebido. Nessa hipótese, não se faz presente um dos pressupostos da obrigação alimentar, conforme previsão dos artigos 399 e 400, ambos do CCB, qual seja, a necessidade do alimentando,

considerada dentro de seu padrão social, pois ela será suprida pelo ingresso dos recursos financeiros provenientes do novo emprego.

Não se ignora que a interpretação dos benefícios sociais deve ter por parâmetro os princípios constitucionais, com destaque para o princípio da dignidade humana, em vista da caracterização dos direitos sociais como direitos fundamentais da pessoa e dos benefícios sociais como de natureza alimentar. Entretanto, não se configura aqui um choque entre o princípio e a lei, apenas porque, em tese, o crédito alimentar seria irrestituível. O caráter alimentar do benefício não pode justificar, no caso concreto, o seu recebimento sabidamente indevido, quando o trabalhador já dispõe de outra fonte de renda, e muito menos impedir que a Administração obtenha o ressarcimento respectivo.

Sobre a restituição dos alimentos, Rolf Madaleno (2004, p. 74-76-77) faz as seguintes observações:

O novo Código Civil abre caminho para a reflexão, permitindo verificar que, desde a Carta Política de 1988, novos valores transitam na seara do direito alimentar, descabendo arraigar-se em conceitos claramente superados, como disso é exemplo frásante o rarefeito princípio da irrepetibilidade do crédito alimentar.

[...]

O Direito brasileiro testemunha profundas alterações no instituto alimentar. Melhor movimenta-se o decisor quando acata novas figuras processuais e afasta conceitos estanques, a reza que os alimentos são irrepetíveis, embora abundem evidências de exoneração da pensão, como no caso do alimentário que passou a exercer atividade rentável. Deve ser admitida a possibilidade de restituição judicial da obrigação alimentícia da ex-mulher que já tem renda própria; do filho que já se casou e não mais estuda, mas segue recebendo indevidamente os alimentos, em afrontoso enriquecimento ilícito, regulado pelos arts. 884 a 886 do Código Civil em vigor.

De acordo com tais dispositivos, será obrigado a restituir o que foi indevidamente auferido aquele que, sem justa causa, enriquecer à custa de outrem. E ordenam que a restituição também será devida se deixou de existir a causa justificadora do enriquecimento.

[...]

O novo Código Civil consagra o princípio da boa-fé nos atos e nos negócios jurídicos, como retrata o art. 113, reprimindo o abuso de qualquer direito. Portanto, é da essência de todo acordo de alimentos,

ou de sua fixação judicial, que o credor realmente careça da pensão alimentar, como real necessitado, não dispondo de renda alguma como resultado de seu próprio trabalho. Ausente a dependência, por óbvio não mais se prorroga o direito ao crédito alimentar, pois o destinatário da pensão guarda, por conduta moral e por princípio de direito, o dever de lealdade e da boa-fé, não apenas quando obtém a fixação judicial dos alimentos, mas também durante a prestação deles.

A relativização do princípio da irrepetibilidade de verba alimentar cabe especialmente nos casos em que o pagamento de alimentos foi efetuado indevidamente, como ocorre na hipótese do recebimento irregular do Seguro-Desemprego, autorizando a restituição como ocorre nas obrigações civis ordinárias. Tratando-se de pagamento indevido, em situação de contrariedade à lei, resta configurado o enriquecimento sem causa do beneficiário, do ponto de vista jurídico, porquanto a vantagem patrimonial obtida, ainda que de pequena monta, não foi atribuída por uma razão justa, a título legítimo, por um motivo lícito.

Se a Administração efetuou o pagamento do benefício de forma indevida, pode perfeitamente, uma vez constatado o erro, reclamar a restituição do que pagou. Ademais, no caso da Administração Pública, isso é um dever, diante do princípio da legalidade, e considerando ainda que prepondera o interesse público.

Importante esclarecer que, em tais casos, a Administração não paga indevidamente por falha sua, mas por ignorar a situação fática de que o beneficiário já se encontra novamente empregado, uma vez que o reemprego não foi comunicado por ele, ocorrendo, na verdade, indução ao erro por omissão do beneficiário. É que, ao lado da averiguação feita pela Administração por meio dos cadastros informatizados, subsiste o dever do beneficiário comunicar o reemprego, como declara ao pleitear o benefício, no formulário de requerimento.

Conclui-se, pois, que a ação de repetição de Seguro-Desemprego recebido indevidamente é inafastável, diante dos fundamentos jurídicos expostos, e o pedido merece acolhimento pelo Poder Judiciário, no sentido de sua total procedência.

6 CONCLUSÃO

O Seguro-Desemprego tem desempenhado um importante papel como instrumento de proteção social ao trabalhador, embora não atenda à totalidade dos desempregados, em vista dos critérios de habilitação. A dispensa do emprego representa para os trabalhadores a impossibilidade de ter acesso a bens e serviços vitais para a sua sobrevivência. Nesse sentido, o Seguro-Desemprego representa um benefício de suma

importância para o trabalhador ao assegurar o atendimento das suas necessidades básicas durante o período de procura por uma nova colocação no mercado de trabalho.

Apesar dos avanços que o Seguro-Desemprego representou para a proteção ao trabalhador, sua estruturação necessita de constante acompanhamento, para adaptá-lo às rápidas mudanças nos padrões de emprego, desemprego, rotatividade da mão de obra e outros aspectos que determinam o funcionamento do programa do Seguro-Desemprego, e para aumentar o seu grau de eficiência e segurança. Da mesma forma, são necessárias ações de aperfeiçoamento do sistema informatizado, de modo a detectar precocemente as irregularidades e impedir que haja evasão de recursos públicos através de fraudes e irregularidades, cuja repressão é imperiosa para a viabilidade e a credibilidade do programa.

Nesse contexto, a ação de repetição de indébito do Seguro-Desemprego constitui não apenas o procedimento judicial adequado para o ressarcimento ao Erário, mas importante instrumento de combate à lesividade social da conduta ilícita.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ângela Maria Catão. Justiça seja feita. Entrevista concedida a Flávio Penna. *Revista Encontro*, ano VII, n. 74, p. 22, mar. 2008.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. atual. e ampl. com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHAHAD, José Paulo Zeetano. *As Transformações no Mundo do Trabalho e o Futuro do Seguro-Desemprego no Brasil*: Elementos a serem considerados num Programa Moderno Integrado a um Sistema Público de Emprego. *Revista de Economia Aplicada*. São Paulo, v. IV, n. 1, p. 121-155, 2000.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. HC 43.474/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 28 fev. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. ACR 1999.41.00.001318-5/RO. Rel. Des. Federal Hilton Queiroz. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 28 fev. 2008.

EVANGELISTA, Anderson. *Repetibilidade de alimentos*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/33614>>. Acesso em: 07 mai. 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRANCO, Guilherme Alves de Mello. Seguro-Desemprego: solução ou inocuidade? Repertório de Jurisprudência IOB: trabalhista e previdenciário. São Paulo: IOB, v. 2, n. 20, p. 599-597, out. 2004.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 11. ed. atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. 2. ed. Revista Ampliada e Atualizada pela BBR 14724 e Atualizada pela ABNT 30/12/05. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

LUDUVICE, Ricardo Verta. *Seguro-desemprego: legislação, doutrina, jurisprudência, direito estrangeiro (inclusive no mercosul)*. São Paulo: Atlas, 1999.

MADALENO, Rolf. *Obrigação, Dever de Assistência e Alimentos Transitórios*. Rev. CEJ, Brasília, n. 27, p. 69-78, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero27/artigo09.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2008.

MARIA, Filipe Diffini Santa. *Atual Seguro-Desemprego como benefício previdenciário ou assistencial?* Breves considerações. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, IOB Thomson, v. 19, n. 219, p. 52-66, set. 2007.

MARTINS, José Celso. A Ética e a Reclamação Trabalhista. *Revista do Direito Trabalhista*, ano 12, n. 05, maio 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo, Atlas, 2001.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Medidas cautelares no direito de família. *Revista do Advogado*, ano II, n. 6, p. 63-4, jul-set 1981.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Nota à imprensa sobre notícia de Seguro-Desemprego e fraudes. Brasília, 21 de março de 2005. Disponível: <<http://www.notadez.com.br/content/noticias.asp?id=8339>>. Acesso: 12 fev. 2008.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Seguro-Desemprego. Disponível: <http://www.mte.gov.br/seg_desemp>. Acesso em: jun. 2008.

MOURA BITTENCOURT, Edgard. *Alimentos*, 4. ed. rev., aum. e atu., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1979.

MUSCARI, Marco Antônio Botto. Aspectos controvertidos da ação de alimentos. São Paulo, *Revista de Processo*, v. 103, ano de publicação: 2001, (103): 123-45, jul.-set/2001). Disponível: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/processocivil/aspectoscontrovertidosdaacaodealimentos.htm>>. Acesso em: 12 de fev. 2008.

OTERO, Marcelo Truzzi. *Alimentos no Novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/tex007.htm>>. acesso em: 12 de fev. 2008.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de artigos de periódicos científicos. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 2003.04.01.030941-0/PR. Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Disponível em: <www.trf4.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 2005.71.07.004950-8/RS. Rel. Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro. Disponível: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 28 fev. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. ACR 16740. Processo 2000.61.16.001598-5/SP. Rel. Juíza Vesna Kolmar. Disponível em: <www.trf3.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2008.

VIANA, Marco Aurélio S. *Alimentos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VIANA, Maria Lucia Teixeira Werneck. *Seguridade Social e Combate à Pobreza no Brasil: o Papel dos Benefícios Não-Contributivos*. Set. 2004. Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fSeguridade.pdf>>. Acesso: 28 mai. 2008.

EFETIVIDADE DAS DECISÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS COMO FATOR DE RECONSTRUÇÃO DO PAPEL CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Thaís Chaves Pedro Ferreira

*Procuradora da União. Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação
Continuada da Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-MINAS)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Papel Constitucional do Supremo Tribunal Federal; 2 Identificação da Crise no Supremo Tribunal Federal E Apontamento Do Seu Fator Embrionário; 3 Formas para Reversão da Crise no Supremo; 3.1 Medidas jurisprudenciais; 3.2 Medidas legislativas; 3.3 Medidas administrativas; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O trabalho ora desenvolvido busca a identificação das razões que levaram à deturpação do papel constitucional do STF, transformando-o em um tribunal de apelação, bem como o apontamento de medidas aptas a reverter a referida crise instaurada na Suprema Corte.

PALAVRAS-CHAVES: A função fundamental do STF em promover a guarda da Constituição. A identificação da crise no STF. A necessidade de conferir prestígio às decisões de instâncias ordinárias.

ABSTRACT: The current study developed seeking to identify the reasons for the distortion of the constitutional role of the STF, turning it into an appeals court and the appointment of suitable measures to reverse the crisis that brought the Supreme Court.

KEY WORDS: The primary function of the STF to promote the Constitution. The identification of the crisis in the STF. The need to give prestige to the decisions of ordinary instances.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a apurar as causas da nomeada Crise do Supremo Tribunal Federal, caracterizada pela imensidão de demandas que essa Alta Corte enfrenta, as quais levaram à deficiência no trato das matérias constitucionais, seu principal papel. Objetivar-se-ão ainda, sem exaurir o tema, as medidas aptas a reverter esse processo.

Para alcançar o fim proposto, destaque para a demarcação da posição constitucional imaginada ao Supremo Tribunal Federal pelo Constituinte e, em seguida, conjuntamente com a identificação da natureza da crise, o seu nascedouro.

Feito isso, será realizado estudo das medidas até então adotadas para debelar a crise na referida instituição e, ao final, cotejando-as, apontar a postura mais efetiva, observados os impactos do pensamento ideal e o contexto mais afeiçoado com a vigente posição política.

1 PAPEL CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição da República de 1988, embora não tenha convertido o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, buscou conferir a este o papel de seu intérprete precípua e guardião maior. Isso é expresso na cabeça do art. 102 e deflui da leitura acurada dos incisos que a seguem.

O dispositivo inicia declarando que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, prossegue com a pormenorização das atribuições da Corte, principiando pela competência para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, passa por tarefas de revisão recursal ordinária e julgamento originário com base em prerrogativa de foro e encerra com a retomada da matéria constitucional, delineando os traços básicos do recurso extraordinário.

Ao conferir destaque à preservação das normas constitucionais, o Constituinte reforça inequivocamente seu propósito de atribuir ao Supremo Tribunal Federal a função fundamental de guarda da Constituição, sem o transformar, renove-se, em Corte Constitucional. A propósito, ensina José Afonso da Silva:

Isso não o [Supremo Tribunal Federal] converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via

de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades. (DA SILVA, 1997, p. 527).

Além dessa análise literal do art. 102, indiciária da posição do Supremo na nossa ordem constitucional, pode-se perceber sua vocação para matérias tipicamente constitucionais por meio de um estudo histórico que alcance tanto as sucessivas constituições, quanto as modificações na atual Carta efetuadas por emendas.

Sem voltar muito no tempo, a fim de não se escapar do tema proposto neste trabalho, tem-se que, seguramente, a mais relevante demonstração que o Constituinte ofertou acerca da posição imaginada para o Supremo Tribunal Federal foi a transferência da uniformização do direito federal ao Superior Tribunal de Justiça, acontecida com a promulgação da Constituição de 1988. Ao assim fazê-lo, indicase que essa Alta Corte deve ficar alheia a temas externos à matéria constitucional propriamente dita, para que possa concentrar esforços tão-somente na apreciação desta.

Na mesma trilha, caminhou a Emenda Constitucional n. 45/2004, que retirou a competência para homologar sentenças estrangeiras e para conceder *exequatur* às cartas rogatórias, movendo-as ao Superior Tribunal de Justiça, com nítido objetivo de, mais uma vez, libertar o Supremo Tribunal Federal de matérias estranhas às constitucionais.

2 IDENTIFICAÇÃO DA CRISE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E APONTAMENTO DO SEU FATOR EMBRIONÁRIO

A despeito de se visar atribuir ao Supremo Tribunal Federal o exercício primordial da jurisdição constitucional, o Constituinte não o municiou com estrutura bastante para tanto. Não falta ao Supremo Tribunal Federal estrutura logística de pessoal e material. Ele é carente, em verdade, de uma correta estrutura de definição de competência, que se atenha mais ao trato da interpretação constitucional e menos a questões outras, como julgamento criminal originário e competência recursal ordinária no que se relaciona ao crime político.

Parece ser consenso entre os doutrinadores que o elasticimento exacerbado na competência do Supremo Tribunal Federal o afastou

de sua posição de Alta Corte constitucional, pois ocasionou explosão quantitativa de feitos em trâmite perante o Tribunal, prejudicando detida análise das questões que lhe são de relevância.

Atualmente, em clara inversão da ordem natural, o Tribunal tem se ocupado com julgamentos de pequena monta, deixando de lado importantes temas de fundo constitucional¹.

José Afonso da Silva já alertava quanto à impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal conseguir atender a contento sua atribuição de guardião da Constituição, em razão do sistema erigido por esta. Veja-se a seguinte passagem de sua obra:

Não será, note-se bem, por culpa do Colendo Tribunal, se não vier a realizar-se plenamente como guardião da Constituição, mas do sistema que esta própria manteve, praticamente sem alteração, salvo a inconstitucionalidade por omissão e a ampliação da legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade. (DA SILVA, 1997, p. 527)

Percebe-se, pois, que o constitucionalista imputa à distribuição constitucional da competência do Supremo Tribunal Federal a culpa pela imensidão de processos em curso no Tribunal e pela dificuldade que ele enfrenta para o exercício da jurisdição constitucional, sua atribuição maior.

Eis mais um trecho do referido manual:

É certo que o art. 102 diz que a ele [Supremo Tribunal Federal] compete, precipuamente, a guarda da Constituição. Mas não será fácil conciliar uma função típica de guarda dos valores constitucionais (pois, guardar a forma ou apenas tecnicamente é falsear a realidade constitucional) com sua função de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância (base do critério difuso), quando ocorrer uma das questões constitucionais enumeradas nas alíneas do inc. III do art. 102, que o mantém como

1 Emblemático o caso em que nossa mais importante Corte de Justiça teve que se ocupar de recurso em que a matéria de fundo era a deserção ou não de apelo interposto em primeira instância pela falta do recolhimento de R\$ 0,009 das custas recursais. Confira-se o Informativo de jurisprudência do STF n. 342: “tratava-se, na espécie, de recurso declarado deserto pela insuficiência de R\$ 0,009 (nove milésimos de real) no preparo, não obstante a recorrente haver complementado o valor com R\$ 0,01 (um centavo de real), após notificação da secretaria do Tribunal, que arredondara para cima o valor devido - correspondente aos 10% a título de contribuição para a caixa de assistência dos advogados do Estado. Considerou-se que a imposição de deserção ao recurso implicou, na prática, negativa de prestação jurisdicional, uma vez que a determinação do recolhimento de milésimos de real - ou o seu arredondamento para um centavo - não poderia ser cumprida pelo recorrente, por se tratar de condição impossível de ser satisfeita, porquanto inexistente no sistema monetário pátrio o referido valor e, ademais, porque o banco não teria como dar de troco um milésimo de real. RE 347528/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 6.4.2004.”

Tribunal de julgamento do caso concreto que sempre conduz à preferência pela decisão da lide, e não pelos valores da Constituição, como nossa história comprova. (DA SILVA, 1997, p. 527).

Essa distorção, ou melhor, essa má-distribuição da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal encaminhou-o para a justiça do caso concreto, função para a qual não é vocacionado. O instituto da repercussão geral, criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, é o elemento normativo mais sólido no que se refere à impertinência de o Supremo cuidar de demandas individuais de interesses restritos. Esse Tribunal deve se ocupar apenas com os conflitos que digam

respeito a um grande espectro de pessoas ou a um largo segmento social, uma decisão sobre assunto constitucional impactante, sobre tema constitucional muito controvertido, em relação a decisão do STF; que diga respeito à vida, à liberdade, à federação, à invocação do princípio da proporcionalidade (em relação à aplicação do texto constitucional) [dentre outros]; ou, ainda, outros valores conectados a Texto Constitucional que se alberguem debaixo da expressão repercussão social (ALVIM, 2005, p. 63).

Daí que o colendo Supremo Tribunal Federal, tal qual o Superior Tribunal de Justiça, não tem o propósito principal de aplicar a justiça do caso concreto, mas, sim, de preservar o Texto Constitucional, no que diz respeito ao primeiro, e, quanto ao último, assegurar a interpretação uniforme da legislação infraconstitucional².

2 Quanto a esse aspecto, consulte-se judicioso voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no RE n. 376852, transcrito no Informativo de jurisprudência do STF n. 303, do qual se extrai: "(...) 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 Judge 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). Triepel acrescentava, então, que 'os americanos haviam desenvolvido o mais objetivo dos processos que se poderia imaginar (Die Amerikaner haben für Verfassungsstreitigkeiten das objektivste Verfahren eingeführt, das sich denken lässt) (Triepel, op. cit., p. 26). Portanto, há muito resta evidente que a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. Em verdade, com o

Deve ficar assentado que a justiça do caso concreto há de ser exercida pelas instâncias ordinárias (Justiças Federal, Estadual e do Trabalho de 1ª instância e Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal e Tribunal Regional do Trabalho). São essas que possuem o aparato necessário para a boa análise do conjunto probatório e, consequentemente, a aptidão para, no caso concreto, dizer qual o melhor direito. O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores devem se ocupar da interpretação da norma, constitucional ou infraconstitucional, de forma ampla, com os olhos em fatores sociais, econômicos, políticos, culturais, sem olvidar, por evidente, os aspectos jurídicos³.

Dessa forma, depreende-se que a deturpação do papel constitucional afeto ao Supremo, como acontece hoje, fez dele um tribunal de apelação, em franco desprestígio, das decisões das instâncias ordinárias e incentivando o recurso até suas portas.

A inversão da ordem natural transformou a justiça de primeira instância - e os tribunais, certamente - em órgãos de mera passagem do processo, levando ao aumento no número de recursos, bem como a consequências insustentáveis à sadia prestação da função jurisdicional pelo Supremo. Hoje, essa Alta Corte enfrenta número absurdo de processos, e mais, a quantidade vem se elevando em velocidade acelerada ao longo dos anos.

Tal realidade é facilmente percebida pela análise dos dados estatísticos de distribuição e julgamento de processos no Supremo Tribunal Federal.

De acordo com informação colhida na página virtual do Tribunal⁴, tem-se que, no ano de 1980, foram protocolizados 9.555 processos e houve 9.007 julgamentos. No ano de 1988, inauguração do novo período constitucional, o Supremo recebeu 21.328 processos e apreciou 16.313. Em 2007, passados quase vinte anos da promulgação da

Judiciary Act de 1925, a Corte passou a exercer um pleno domínio sobre as matérias que deve ou não apreciar (CF, a propósito, Griffin. Stephen M., *The Age of Marbury, Theories of Judicial Review vs. Theories of Constitutional Interpretation, 1962-2002*, Paper apresentado na reunião anual da 'American Political Science Association', 2002, p. 34). Ou, nas palavras do Chief Justice Vinson, 'para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas' ('To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved') (Griffin, op. cit., p. 34)".

3 Sobre o assunto, houve valiosa palestra do Ministro João Otávio de Noronha, intitulada *O papel do STJ no contexto da Justiça Federal brasileira*, proferida na *Sexta Jurídica: o direito em debate*, promovida pela Associação dos Juizes Federais de Minas Gerais – AJUFEMG.

4 Endereço eletrônico www.stf.gov.br

Constituição, o volume de processos protocolizados subiu assustadores 556%, alcançado o patamar de 119.324 feitos.

Para debelar esse acervo, julgou-se no ano passado 159.522 processos, sendo, portanto, 14.502 para cada um dos onze ministros que compõem o Tribunal. Esse dado fala por si só no que diz respeito à inexistência de tranquilidade e aprofundamento para a apreciação das demandas em curso.

O abarrotamento de feitos em trâmite no Supremo Tribunal Federal conduz à debilidade na apreciação da matéria constitucional, uma vez que os ministros têm que julgar, no mínimo, 39 processos ao dia, incluindo nos finais de semana e feriados, afastando-os de seu propósito precípua que é a serena e refletida solução de questões fundamentais ao bem do Estado Democrático de Direito.

As consequências nefastas não se resumem à simples constatação de excesso de trabalho e risco de ineficiência na prestação da jurisdição. Essa debilidade e irreflexão nos julgamentos, dado à escassez de tempo, causa também a perda de legitimidade do Supremo Tribunal Federal.

Nota-se que a legitimidade aqui tratada não é na acepção jurídica pura, isto é, na obediência à forma legal, mas no sentido científico político, que guarda relação com a aceitação ou a aprovação por parte do povo quanto ao exercício do poder político da jurisdição.

Deve ser salientado que o descrédito no Poder Judiciário, pela perda da legitimidade, não concerne apenas a seus membros ou àqueles que com ele convivem diariamente, como procuradores públicos, advogados e membros do Ministério Público. É questão de relevância para toda a sociedade, haja vista que o exercício da jurisdição é a peça-chave para o sustento do Estado Democrático de Direito, pilar da República Federativa do Brasil, como enuncia o art. 1º da Constituição. Nas precisas lições de Alexandre de Moraes

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previsto pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios. Esta concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos. Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das

leis, pois, como afirmou Zaffaroni, ‘a chave do poder do judiciário se acha no conceito de independência’. (MORAES, 2000, p.441-442)

3 FORMAS PARA REVERSÃO DA CRISE NO SUPREMO

Felizmente, os deletérios efeitos da alargada competência constitucional do Supremo, que provocou o desprestígio das decisões de instâncias ordinárias e incentivou o uso desmedido dos recursos processuais, foram sentidos e inauguraram-se medidas para reverter esse quadro, as quais podem ser classificadas em três frentes: jurisprudência restritiva ao recurso, alterações legislativas e trabalho conjunto com o Poder Executivo para a redução de demandas.

3.1 MEDIDAS JURISPRUDENCIAIS

Quanto à jurisprudência, destacam-se as inúmeras súmulas do Supremo Tribunal Federal com cunho obstativo de conhecimento e processamento de recurso, notadamente o extraordinário previsto no art. 102, III, da Constituição da República⁵.

Firmou o Tribunal que, para o recebimento do recurso, deve mostrar-se presente a figura do prequestionamento, a qual exige a comprovação de que o tribunal a cuja decisão se recorre tenha ventilado e analisado a matéria de fundo constitucional⁶. Há, ainda, forte apego ao exaurimento das vias impugnativas nas instâncias ordinárias, mesmo que se trate de recurso interno⁷, além da impossibilidade de reexame da prova⁸. Considera-se inadmissível também o recurso extraordinário movido em face de decisão assentada em mais de um fundamento e o recurso não os abranja⁹.

Seguem-se outras restrições como o não recebimento de recurso em face de decisão pacificada no seio do Tribunal¹⁰ e nas hipóteses em

5 Súmulas ns. 280, 296, 454, 602, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 733, 735 e 728.

6 Súmulas ns. 356 e 282. “A simples referência a um determinado verbete, integrante da jurisprudência sumulada da Corte de origem, não configura o prequestionamento da matéria deduzida em sede de recurso extraordinário. Sobretudo se do aresto recorrido não consta sequer o teor daquele enunciado. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF.” (RE 463.948-AgrR-ED, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 6-2-07, DJ de 11-5-07)

7 Súmula n. 281.

8 Súmula n. 279.

9 Súmula n. 283.

10 Súmula n. 286.

que a má formação do recurso, ou deficiência na fundamentação, não permita a correta compreensão da matéria recorrida¹¹.

Não se admite, outrossim, agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia¹².

As formas jurisprudenciais de obstar a ascensão de recurso ao Supremo não se resumem às acima apontadas; muitas outras existem. No entanto, para o propósito ilustrativo que ora se objetiva, bastam as mencionadas.

3.2 MEDIDAS LEGISLATIVAS

As modificações legislativas também não são acanhadas; diversas houve, apesar de concentrarem-se na valorização das decisões de primeira instância e no impedimento de recursos, olvidando-se significativas alterações na competência constitucional do Supremo Tribunal Federal.

No que se refere à competência constitucional do Supremo, há tão somente tímida modificação incorporada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que revogou a alínea “h” do inciso I do art. 102 e transportou para o Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar “a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias”. Essa providência, como já adiantado, reduz o número de processos cuja matéria é estranha à tipicamente constitucional, permitindo melhor concentração de esforços no julgamento desta.

A referida emenda constitucional trouxe outra valiosa alteração legislativa, também com propósito de fortalecer o papel do Supremo, mas voltando atenção para a redução do número de recurso, qual seja, o instituto da repercussão geral das questões constitucionais a serem discutidas no recurso extraordinário. Como lembra o doutrinador Pedro Lenza:

Trata-se de importante instituto seguindo a tendência de se erigir o STF a verdadeira Corte Constitucional e, também, mais uma das técnicas trazidas pela Reforma do Judiciário na tentativa de solucionar a denominada ‘Crise do STF e de Justiça’. A técnica funciona como verdadeiro ‘filtro constitucional’, permitindo que o STF não julgue processos destituídos de repercussão geral e na linha de limitar o acesso aos tribunais superiores. (LENZA, 2008, p. 476).

11 Súmula n. 287.

12 Súmula n. 288.

Visando à redução de demandas, e por consequência, à quantidade de recursos no STF, acrescentou-se o art. 103-A ao corpo da Constituição para instituir a súmula vinculante, a qual terá força tanto sobre os órgãos do Poder Judiciário, quanto do Poder Executivo.

Eis o referido dispositivo, trazido pela Emenda Constitucional n. 45/2004:

Art. 103-A - O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Ainda na trajetória das modificações legislativas com objetivo de limitar os recursos no Supremo Tribunal Federal, têm-se, exemplificadamente, a súmula impeditiva de recurso e o sobrestamento, na origem, dos recursos extraordinários interpostos no âmbito do Juizado Especial Federal.

De acordo com o art. 518, §1º, do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 11.276/2006, “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

Acerca da suspensão dos recursos extraordinários no Juizado Especial Federal, o art. 15 da Lei n. 10.259/2001 estatui que “o recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento” e o §5º do art. 14, por sua vez, dispõe que,

no caso do §4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receito de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

Pondo cabo à indicação superficial das medidas legislativas adotadas para a redução da postura recursal desmedida, cumpre mencionar a reforma processual deflagrada pela Lei n. 11.232/2005, que, modificando o sistema de execução de sentenças, conferiu maior efetividade às decisões de 1ª instância, o que reduzirá, seguramente, a interposição

de recursos. Dentre as mudanças dessa nova norma, há a multa de 10% sobre o montante de condenação para as hipóteses em que o devedor não cumpra espontaneamente, no prazo de 15 dias, a sentença transitada em julgado ou aquela não mais sujeita a recurso sem efeito suspensivo – caso do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

3.3 MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

Dando continuidade às formas para redução de processos perante o Supremo Tribunal Federal, e no Judiciário como um todo, agora no campo do trabalho conjunto do Poder Executivo e Judiciário, vale mencionar o acordo de cooperação técnica firmado em outubro de 2007 entre o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o Conselho da Justiça Federal - CJF, a Advocacia-Geral da União - AGU e o Ministério da Previdência Social - MPS¹³, o qual já teve por frutos o Projeto de Conciliação dos feitos previdenciários em curso no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a semana da conciliação nos juízos de primeira instância¹⁴ e o Memorando-Circular PFE/INSS n. 1, de 2008, que franqueou aos procuradores federais a realização de acordos nas matérias que trata.

A redução de ações judiciais é a principal proposta do atual Advogado-Geral da União, o qual, por meio da criação de um grupo de trabalho, objetiva apurar as questões jurídicas já pacificadas nos tribunais, com o fim de evitar o recurso inócuo ou até o próprio ajuizamento de novas ações com a modificação da postura administrativa¹⁵.

Nesse mister, a Advocacia-Geral da União publicou, no Diário Oficial da União de 10 de junho de 2008, diversos enunciados “de

13 Confira-se notícia veiculada na página virtual do Conselho da Justiça Federal, www.cjf.jus.br, no dia 9-10-2007. “O acordo prevê a formação de grupo técnico para detalhamento e coordenação das ações, já constituído por portaria conjunta dos órgãos participantes. Dentre outras medidas, o grupo irá estudar mecanismos para evitar recursos em ações já pacificadas nos tribunais, ações de combate às fraudes e projetos que utilizem a tecnologia da informação em prol da agilização dos processos”.

14 Confira-se notícia veiculada na página virtual do Conselho da Justiça Federal, www.cjf.jus.br, no dia 5-11-2007.

15 Veja-se a seguinte notícia publicada na página virtual <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/36272/-agu-quer-reduzir-por-ano-um-milhao-de-aco-es-contr-a-inss>, consultada em 18-7-2008: “a Advocacia-Geral da União e a Previdência Social fecharam, no começo do mês, um acordo para reduzir os processos judiciais contra o INSS. O objetivo é diminuir em 40% por ano a quantidade de ações contra o instituto. O Programa de Redução de Demandas Judiciais do INSS tentará resolver os conflitos administrativamente. Segundo cálculos dos dois órgãos, a redução representaria cerca de um milhão de ações a menos por ano. A economia em custas processuais seria de cerca de R\$ 2 bilhões ao erário. Para o Judiciário, o custo com ações do INSS é de R\$ 460 milhões. Existem na Justiça 5 milhões de ações contra o INSS. Todo mês são ajuizados 180 mil novos processos. A média de ações é de 46,58% dos benefícios negados pela Previdência todos os meses”.

caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial da União”. Entre os enunciados, um certamente será responsável por significativa redução nos recursos extraordinários, ou seja, o de número 31. Para facilitar a consulta, ei-lo: “é cabível a expedição de precatório referente à parcela incontroversa, em sede de execução ajuizada em face da Fazenda Pública.”

4 CONCLUSÕES

Atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal um número de processos incompatível com sua posição de Corte guardiã da Constituição. Essa realidade é fruto, basicamente, da repartição de competência estatuída pela Constituição de 1988 que ampliou demasiadamente o campo de conhecimento e processamento de demandas perante o Supremo, munindo-o com aptidão para julgamento de diversas matérias sem cunho tipicamente constitucional.

O despropósito da distribuição de competência permite que quase a totalidade das causas em curso no país alcance o Supremo Tribunal Federal, incutindo nos litigantes o sentimento de descrédito nas decisões ordinárias e incentivando a postura recursal desmedida.

Sensíveis a essa conjuntura, adotaram-se medidas em três frentes: entendimento jurisprudencial restritivo ao recurso, modificações legislativas e trabalho conjunto entre o Poder Executivo e Judiciário.

Tais medidas, todavia, focaram esforços nas consequências do problema e não em seu nascedouro. Afora a discreta modificação na competência do Supremo efetivada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, todas as posturas tomadas em face da problemática voltaram atenção às formas de dificultar o cabimento de recurso destinado ao Tribunal ou, numa menor medida, ao fortalecimento da força executória das decisões das instâncias ordinárias. Cuidou-se do sintoma e não da doença.

Acredita-se que a melhor solução seria a limitação da competência do Supremo Tribunal Federal, liberando-o de matérias estranhas às tipicamente constitucionais, a fim de permitir melhor reflexão sobre o caso e, por consequência, incremento na qualidade da prestação da jurisdição constitucional. Acontece que não se vislumbra força e vontade política para tanto.

Assim, parece que a solução mais adequada à realidade seria a robustez das decisões de instância ordinárias, viabilizando a pronta execução de seus comandos, o que desestimularia o recurso protelatório.

Não se admite que alterações com objetivo de restringir o conhecimento de recursos seja a melhor maneira de conter a avalanche

de processos no Supremo, uma vez que se colocaria em segundo plano o tema de fundo da demanda. Pode acontecer, por exemplo, que um recurso que não atenderia a pressupostos rígidos de conhecimento cuidaria de importante matéria de natureza constitucional.

Dessa forma, considerando que não há espaço para profundas modificações na competência do Supremo Tribunal Federal, pensa-se que a melhor maneira de debelar a presente crise vivida pela nossa Alta Corte seja o fortalecimento do prestígio às decisões de instâncias ordinárias, com o propósito de incutir nas partes o sentimento de satisfação com o julgado, ou, ao menos, afastar eventual proveito com a protelação da demanda.

REFERÊNCIAS

ALVIM, ARRUDA. *A EC. 45 e o instituto da repercussão geral. Reforma do Judiciário*. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal*: atualizada até a Emenda Constitucional n. 52, de 8 de março de 2006. 7. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

BRASÍLIA. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

BRASÍLIA. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

BRASÍLIA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

BRASÍLIA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

CHANAN, Guilherme. *O Supremo Tribunal Federal como Corte constitucional*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/03de2005/osupremo_guilhermeg_chanan.htm>. Acesso em: 18 de jul. de 2008.

CORRÊA, Oscar Dias. O 160º aniversário do STF e o novo texto constitucional. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 173, p. 67-70, 1988.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. A legitimidade do Poder Judiciário e a função de corte constitucional do Supremo Tribunal Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 965, 23 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7992>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa constitucional. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

VELLOSO, Carlos Mário. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 192, p. 04, abr./jun. 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PERCEPÇÃO DE PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE – IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE SUA ACUMULAÇÃO COM PROVENTOS DE MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS

Túlio Pôrto Silveira
Advogado da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fundamentos Jurídicos de Inacumulabilidade de Proventos de Militar das Forças Armadas com Pensão Especial de Ex-combatente; 2 Precedentes Jurisprudenciais; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo pretende analisar fundamentos jurídicos de inacumulabilidade de proventos de militar das Forças Armadas com pensão especial de ex-combatente, estudando precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais para sustentar a interpretação de que o licenciamento do serviço ativo e retorno definitivo à vida civil são elementos indispensáveis para que o militar obtenha o reconhecimento, na forma da legislação de regência, da condição de ex-combatente, para fins de percepção da pensão especial. Ao final, pode-se concluir que, na conformidade do art. 53, *caput* e inciso II, do ADCT, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 1º da Lei nº 5.315/67 c/c o art. 4º da Lei nº 8.059/90, a percepção de proventos de militar reformado das Forças Armadas é inacumulável com a pensão especial de ex-combatente.

PALAVRAS-CHAVE: Pensão especial de ex-combatente. Licenciamento do serviço ativo e retorno definitivo à vida civil. Proventos de militar das Forças Armadas. Inacumulabilidade.

ABSTRACT: This article analyzes the legal basis for the judicial interpretation that prohibits members of the Armed Forces from collecting both the Armed Forces pension as well as the special pension for former combatants.

Prior decisions of the Superior Court of Justice and the Federal Regional Courts support the interpretation that the return to civilian life following active duty is indispensable for the military to get recognition, according to the law of regency, for the receipt of the special pension.

Finally, one may conclude that, in accordance to article 53, *caput* and item II, of the ADCT, of the Federal Constitution of 1988 and the first article of Law number 5.315/67 and the fourth article of Law number 8.059/90, members of the Armed Forces are not permitted to receive both the Armed Forces pension as well as a special pension for former combatants.

KEYWORDS: Special pension for former combatants. Return to civilian life following active duty. Armed Forces Pension. Members of the Armed Forces are not permitted to receive both pensions.

INTRODUÇÃO

O ex-combatente, em face dos relevantes serviços prestados à Nação brasileira, em defesa da Pátria, em operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, vem recebendo do Estado Brasileiro, desde a década de 1960, um tratamento digno do reconhecimento aos riscos que enfrentou em campos de batalha, em situações de alta complexidade e em condições adversas.

Observe-se que a Constituição Federal de 1967¹, em seu art. 178, já assegurava uma série de direitos ao ex-combatente da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e Marinha Mercante do Brasil, que tenha participado efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, dentre os quais se destacavam, por força do tema ora debatido, a aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de efetivo serviço, caso fosse funcionário público, ou aposentadoria com pensão integral aos vinte e cinco anos de serviço, se fosse contribuinte da previdência social.

Com o objetivo de se dar maior eficácia horizontal à norma constitucional, tornou-se necessário regulamentar o conceito de ex-combatente por meio de lei, formal e material, conforme dispõe o art. 1º da Lei nº 5.315, de 12/09/1967:

Art . 1º – Considera-se ex-combatente, para efeito da aplicação do artigo 178 da Constituição do Brasil, todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante, e que, *no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente.* (grifo nosso)

1 Art. 178 – Ao ex-combatente da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e Marinha Mercante do Brasil que tenha participado efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial são assegurados os seguintes direitos:

- a) estabilidade, se funcionário público;
- b) aproveitamento no serviço público, sem a exigência do disposto no art. 95, § 1º;
- c) aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo, se funcionário público da Administração centralizada ou autárquica;
- d) aposentadoria com pensão integral aos vinte e cinco anos de serviço, se contribuinte da previdência social;
- e) promoção, após interstício legal e se houver vaga;
- f) assistência médica, hospitalar e educacional, se carente de recursos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a pensão especial do ex-combatente passou a ser concedida na forma do art. 53, incisos II e III, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais (ADCT), abaixo transcrito:

Art. 53 – Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

I - [...]

II - pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção;

III - em caso de morte, pensão à viúva ou companheira ou dependente, de forma proporcional, de valor igual à do inciso anterior;

[...]

Parágrafo único – A concessão da pensão especial do inciso II substitui, para todos os efeitos legais, qualquer outra pensão já concedida ao ex-combatente.

Regulamentando esse dispositivo constitucional, a Lei nº 8.059, de 04 de julho de 1990, em seus arts. 1º, 3º e 4º, preconiza:

Art. 1º – Esta lei regula a pensão especial devida a quem tenha participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, e aos respectivos dependentes (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 53, II e III).

[...]

Art. 3º – A pensão especial corresponderá à pensão militar deixada por segundo-tenente das Forças Armadas.

Art. 4º A pensão é inacumulável com quaisquer rendimentos percebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários.

§1º – O ex-combatente, ou dependente legalmente habilitado, que passar a receber importância dos cofres públicos perderá o direito à pensão especial pelo tempo em que permanecer nessa situação, não podendo a sua cota-parte ser transferida a outros dependentes.

§2º – Fica assegurado ao interessado que perceber outros rendimentos pagos pelos cofres públicos o direito de optar pela pensão ou por esses rendimentos.

Nesse contexto, pretende-se analisar a constitucionalidade e legalidade da proibição de o militar das Forças Armadas acumular proventos com a pensão especial de ex-combatente.

1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE INACUMULABILIDADE DE PROVENTOS DE MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS COM PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE

Ressalte-se que os militares da reserva remunerada e reformados das Forças Armadas já percebem proventos da inatividade. Entretanto, conceder-lhes a pensão especial, motivada pelo mesmo fato gerador (participação na Segunda Guerra Mundial), configurará *bis in idem*, em inegável violação da Súmula nº 153 do Tribunal de Contas da União (TCU).

Consabido que é vedada a percepção de vantagens legais com base no mesmo fato gerador, obtendo-se a duplicidade de benefícios.

A despeito da matéria, a Súmula nº 153/79, do TCU, deixa claros os direitos do ex-combatente – servidor civil, mas dispõe, *in fine*, sobre a condição de que não haja acumulação de benefício por um só fato gerador (participação em operações de guerra). Aliás, é pacífico o entendimento de que não há contrariedade com o texto constitucional, pois o seu princípio continua válido, impedindo, tão-somente, a acumulação ilegítima e ilegal de benefícios públicos oriundos de um mesmo fato gerador, conforme se lê:

153. O funcionário civil, que tiver a condição de ex-combatente, caracterizada na Lei nº 5.315, de 12/09/67, quando se aposentar a pedido, com 25 anos de serviço, e, por invalidez simples, independentemente do tempo de trabalho, terá direito a proventos integrais, com fundamento na Lei nº 288, de 08.06.48, art. 5º, e na Lei nº 3.906, de 19/06/61, art. 1º, ressalvado o direito de pleitear as vantagens da Lei nº 2.579, de 23/08/55 (reforma) e da Lei nº 4.242, de 17/07/63, art. 30 (pensão especial), desde que satisfeitas as condições nelas estabelecidas e não haja acumulação de benefício por um só fato gerador (participação em operações de guerra).

Observe-se ainda que, da análise do art. 53 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988, bem como da Lei nº 8.059/90, reguladora da pensão especial, depreende-se que essas disposições visam a amparar o ex-combatente pelos serviços prestados à Nação.

Ocorre que, para quem já percebe renda dos cofres públicos, não existe o desamparo, ainda mais quando os valores dos proventos de militar originam-se do mesmo fato gerador da pensão de ex-combatente.

Ciente disso, o legislador incluiu no texto constitucional e infraconstitucional as restrições do art. 53, inciso II, do ADCT, da Constituição Federal e art. 4º, §2º, da Lei nº 8.059/90, resguardando os cofres públicos de beneficiar quem já está assistido por renda pública e evitando-se a duplicidade de rendimentos oriundos dos mesmos cofres, ainda mais se for o caso de duplicidade de benefícios pelo mesmo fato gerador.

Destarte, possuindo os proventos de militares vinculação a sua condição de militares das Forças Armadas, que, por dever jurídico, tiveram de participar de operações de guerra, durante o período em que estiveram no serviço ativo, resta claro que há incidência da inacumulabilidade estabelecida pelo art. 4º da Lei nº 8.059/90.

Para esses casos, ressalvou o legislador, no entanto, o direito de opção, que nada tem de ilegal ou coativo, pois visa a assegurar o direito de escolha pelo interessado por uma das rendas. Sem suscitar a menor dúvida, o recebimento concomitante do benefício da pensão especial e de proventos de militar reformado, ambos públicos, derivados do mesmo fato gerador, atentaria contra os princípios constitucionais da moralidade e legalidade, violando-se o interesse público de proteção do erário contra despesas infundadas.

Na verdade, percebe-se claramente que, com a redação dada ao inciso II, do art. 53, do ADCT, da Constituição Federal, objetivou-se evitar o acúmulo de remunerações, aposentadorias e pensões especiais percebidas dos cofres públicos, similarmente previsto no art. 37, incisos XVI e XVII, da Carta Magna. Adotar o entendimento diverso, permitindo a acumulação, é contrariar a Constituição Federal, abrindo uma exceção nela não prevista.

Com efeito, a acumulação de pensão especial de ex-combatente com outros benefícios previdenciários somente se reveste de legalidade quando tenha fatos geradores distintos.

Frise-se ainda que os militares foram beneficiados, ao tempo da concessão de suas respectivas transferências para a reserva remunerada e/ou reformas, com uma série de direitos assegurados exclusivamente

aos ex-combatentes que participaram da Segunda Guerra Mundial, na forma da legislação de regência.²

Assevere-se que os militares reformados não retornaram definitivamente à vida civil e permaneceram nas Forças Armadas, exercendo a vida castrense, seguindo a carreira militar até a transferência para a reserva remunerada e posterior reforma com percepção de proventos. Por conseguinte, não possuem direito subjetivo à percepção da pensão especial de ex-combatente, pois não preenchem os requisitos do conceito legal de ex-combatente, disposto na Lei nº 5.315/67 c/c o art. 53, inciso II, do ADCT, da Constituição Federal de 1988.

2 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao enfrentar diretamente a inacumulabilidade dos proventos de militar das Forças Armadas com a pensão especial de ex-combatente, proferiu os seguintes acórdãos:

ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. CARACTERIZAÇÃO. MILITAR DA RESERVA REMUNERADA. IMPOSSIBILIDADE.

Nos termos do artigo 1º da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, o militar insere-se no conceito de ex-combatente para fins de percepção da pensão especial, tão-somente na hipótese em que tenha sido licenciado do serviço ativo e retornado à vida civil de forma definitiva. Se permaneceu na vida castrense, seguindo carreira até a reserva remunerada, não há direito ao benefício previsto no art. 53, inciso II, do ADCT. Recurso provido. (REsp nº 628314/RS, 5ª Turma, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 28/06/2004, p. 416.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. CUMULAÇÃO DE PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE COM PROVENTOS OU PENSÕES DA RESERVA REMUNERADA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1º DA LEI Nº 5.315/67.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a possibilidade de cumulação das pensões e dos proventos relativos à

2 Lei nº 288, de 08/06/1948, com as alterações dadas pela Lei nº 616, de 02/02/1949; Decreto-Lei nº 8.795, de 23/01/1946; Lei nº 2.370, de 09/12/1954; Lei nº 4.767, de 30/08/1965.

reserva remunerada com a pensão especial de ex-combatente, uma vez que o artigo 1º da Lei nº 5.315/67, em sua melhor exegese, só é aplicável aos militares que, quando do retorno da campanha militar, decidiram se afastar da caserna e retornaram à vida civil.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp nº 596.274/RS, 6ª Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 26/03/2007, p. 305.)

ADMINISTRATIVO MILITAR. PROVENTOS DE REFORMA E PENSÃO DE EX-COMBATENTE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A caracterização de ex-combatente, para fins da percepção da pensão especial, está sujeita ao retorno, definitivo, do militar à vida civil, mediante licenciamento do serviço ativo. Nesse sentido, o militar que prossegue na vida castrense, nela permanecendo até a reserva remunerada, não tem direito à pensão especial, porquanto não cumpre os requisitos para tanto. Impossibilidade, por conseguinte, da cumulação de proventos de reforma de militar e pensão de ex-combatente. Inteligência do art. 1º da Lei 5.315/67.

2. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp nº 766.806/RJ, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 06/08/2007, p. 635.)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. MILITAR DA AERONÁUTICA. PARTICIPAÇÃO EM ZONA DE GUERRA. CUMULAÇÃO COM PROVENTOS DECORRENTES DE REFORMA. IMPOSSIBILIDADE.

1. [...]

2. O militar somente fará jus ao recebimento da pensão especial de ex-combatente caso haja sido licenciado do serviço ativo e tenha retornado à vida civil em caráter definitivo.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp nº 963.631/SC, 6ª Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 10/12/2007, p. 473.)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO ESPECIAL. PENSÃO ESPECIAL CUMULADA COM OS PROVENTOS DA RESERVA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1º DA LEI Nº 5.315/67.

1. [...]]

2. Para alçar a condição de ex-combatente, exige-se que o militar, além de ter participado efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, tenha sido licenciado do serviço ativo e retornado à vida civil definitivamente. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp nº 656.386/RS, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 17/12/2007, p. 288.)

MILITAR REFORMADO. EX-COMBATENTE (ART. 1º DA LEI Nº 5.315/67). PENSÃO ESPECIAL E PROVENTOS DE REFORMA (CUMULAÇÃO). IMPOSSIBILIDADE (CASO). PRECEDENTES.

1. A teor do art. 1º da Lei nº 5.315/67, somente se reconhece a condição de ex-combatente para fins de percepção de pensão especial ao militar que, comprovada a efetiva participação em operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, tendo sido licenciado do serviço ativo e retornado, em caráter definitivo, à vida civil.

2. Ao militar que, após a conflagração mundial, permaneceu na carreira até ser reformado, recebendo proventos a esse título, não é permitido acumular esse benefício e a pensão especial de ex-combatente. Precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção.

3. Agravo regimental a que se negou provimento. (AgRg no REsp nº 949.687/RS, Relator Ministro Nilson Naves, 6ª Turma, DJ de 19/12/2007, p. 1259.)

Assinale-se que as 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, sustentam a interpretação de que o licenciamento do serviço ativo e retorno definitivo à vida civil são elementos indispensáveis para que o militar obtenha o reconhecimento, na forma da legislação de regência, da condição de ex-combatente, para fins de percepção da pensão especial.

Definidos objetivamente os contornos que alcançam o conceito legal de ex-combatente, o militar que, mesmo tendo participado efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, como integrante de força brasileira, faz jus à pensão especial de ex-combatente na hipótese de não mais prosseguir na carreira militar, exonerando-se do serviço ativo para retornar, definitivamente, à vida civil. Entretanto, caso permaneça nas Forças Armadas até ser transferido para a reserva remunerada e/ou reformado, perceberá os seus proventos de inatividade, inacumuláveis com a pensão especial de ex-combatente.

A propósito, o Egrégio Tribunal Regional Federal (TRF) – 5ª Região vem decidindo a matéria, conforme se depreende do precedente jurisprudencial a seguir transcrito:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. EX-COMBATENTE. MILITAR REFORMADO. IMPLANTAÇÃO DE PENSÃO ESPECIAL. PROVENTOS. CUMULAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A pensão especial conferida a ex-combatente da 2ª Guerra Mundial é passível de ser cumulada com benefício previdenciário, nos termos do art. 53, II, do ADCT e art. 4º da Lei nº 8.059/90, uma vez que os benefícios são de natureza diversa.

2 - Tratando-se de militares reformados, no entanto, o fato de terem estes participado do teatro de operações bélicas da Itália durante o conflito bélico citado, provavelmente já lhes proporcionou benefício dentro da própria carreira castrense, o que configuraria, caso fossem concedidas as pensões requeridas, um *bis in idem*.

3 - Hipótese em que, ante a não comprovação pelos recorridos de não percepção indireta da vantagem mencionada, não restaram configurados os requisitos autorizados da antecipação concedida.

4 - Agravo de instrumento provido. (AG nº 2003.05.00.026621-0, 4ª Turma, Relator Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJ de 06/02/2004.)

Registre-se que a 4ª Turma do TRF – 5ª Região, fundamentando-se na ilegalidade da configuração de *bis in idem*, o que provocaria o indevido pagamento de benefícios em duplicidade, motivado pelo mesmo

fato gerador, confirma a inacumulabilidade da percepção de proventos de militar reformado e pensão especial de ex-combatente.

Nesse contexto, o Egrégio Tribunal Regional Federal (TRF) – 2ª Região³, ao analisar o tema e a sua extensão, corrobora a tese ora sustentada, conforme demonstra a ementa abaixo:

MILITAR. PROVENTOS DE MILITAR REFORMADO DA AERONÁUTICA. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES DA 1ª, 4ª E 5ª TURMAS DESTA CORTE. RECURSO E REMESSA PROVIDOS. SEGURANÇA DENEGADA.

- O conceito de ex-combatente consignado na Lei nº 5.315/67 (art. 1º) tem como certo que a pensão especial é devida somente àqueles que, após o esforço na Segunda Guerra Mundial, retornaram definitivamente à vida civil.

- Embora o impetrante OSIAS MACHADO DA SILVA tenha participado, efetivamente, de operações bélicas durante o período da Segunda Guerra Mundial, consoante documentos adunados aos autos (fls. 22/23), não se desligou do serviço militar, permanecendo no serviço ativo da Aeronáutica, até se inativar por reforma (fl. 21), recebendo proventos dela oriundos, o que afasta a pertinência de cumulação deste benefício com a pensão especial conferida aos ex-combatentes, a teor do disposto no art. 53, II, do ADCT, da CF/88.

- Desta forma, não preenchendo a condição legal de ex-combatente, definida pela legislação de regência, de forma a se beneficiar da pensão especial, ausente o direito líquido e certo pleiteado.

- Recurso e remessa providos. Sentença reformada. Segurança denegada. (AMS nº 2002.51.01.007852-1/RJ, 4ª Turma, Relator Desembargador Federal Benedito Gonçalves, DJ de 31/10/2003, p. 233.)

Amparando-se em fundamentos análogos aos elencados pelo Superior Tribunal de Justiça, as 1ª, 4ª e 5ª Turmas do TRF –

3 No mesmo sentido: AMS nº 2002.02.01.020949-2/RJ, 1ª Turma, Relator Desembargador Federal Ney Fonseca, DJ de 30/09/2002; AMS nº 2002.51.01.010220-1/RJ, 4ª Turma, Relator Desembargador Federal Fernando Marques, DJ de 27/06/2003; AMS nº 2002.51.01.007439-4/RJ, 5ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima, DJ de 26/08/2003.

2ª Região, ao julgar matéria, decidem, também, estar configurada a inacumulabilidade da percepção de proventos de militar reformado e pensão especial de ex-combatente.

Esposando convergente entendimento com o STJ e os TRF – 2ª e 5ª Regiões, o Egrégio Tribunal Regional Federal (TRF) – 1ª Região⁴ proíbe a acumulação de pensão especial de ex-combatente com proventos de militar reformado, conforme se vê nos seguintes excertos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – VIÚVAS MILITARES DE CARREIRA – CUMULAÇÃO COM PENSÃO DEVIDA A EX-COMBATENTE – IMPOSSIBILIDADE – ART. 53, II, DO ADCT – LEI Nº 5.315/67 – LEI Nº 8.059/90 – SENTENÇA REFORMADA.

1. O art. 53, II, do ADCT, da Constituição Federal de 1988 assegurou ao ex-combatente, que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, o direito a uma pensão especial, a qual é inacumulável com quaisquer rendimentos auferidos dos cofres públicos, exceto se forem eles classificados como benefício previdenciário.

2. O militar que permaneceu na vida castrense, até a reserva remunerada, não se enquadra no conceito de ex-combatente, vez que nunca se desvinculou da carreira militar. Por conseguinte, não é possível acumular a pensão especial devida ao ex-combatente com a aposentadoria devida a militar de carreira. Inteligência do art. 1º da Lei nº 5.315/67.

3. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (Resp nº 628.314/RS, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, DJ II de 28/06/2004, p. 416).

4. Apelação e remessa oficial providas. (AMS nº 2004.38.00.024618-9/MG, 1ª Turma, Relator Desembargador Federal José Amílcar Machado, DJ de 25/07/2005.)

⁴ No mesmo sentido: AG nº 2005.01.00.012150-2/MG, Relator Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, decisão proferida em 17/03/2005; AMS nº 2004.38.00.024619-2/MG, 1ª Turma, Relator Desembargador Federal José Amílcar Machado, DJ de 23/05/2005; AC nº 2004.38.00.054781-1/MG, 1ª Turma, Relator Desembargador Federal José Amílcar Machado, DJ de 06/08/2007, AMS nº 2004.38.00.054784-2/MG, 1ª Turma, Relator Desembargador Federal José Amílcar Machado, DJ de 03/09/2007.

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. PERCEPÇÃO CUMULATIVA COM PENSÃO POR MORTE DE MILITAR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 1º DA LEI Nº 5.315/67 C/C ART. 53, II, DO ADCT (CF/88).

1. Nos termos do artigo 1º da Lei nº 5.315/67, o militar somente fará jus ao recebimento da pensão especial de ex-combatente caso haja sido licenciado do serviço ativo e tenha retornado à vida civil em caráter definitivo, não sendo o caso, portanto, daquele que permaneceu no serviço castrense até ser reformado.

2. Ademais, a própria Constituição Federal/88, mais tarde regulamentada pela Lei nº 8.059/90, vedou, expressamente, a pretensão da impetrante ao estabelecer a inacumulabilidade da pensão especial com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários (art. 53, II, ADCT), não incluídos, neste conceito, os proventos de militar reformado, bem como a pensão decorrente do falecimento de militar.

3. Apelação improvida. (AMS nº 2004.38.00.052835-2/MG, 2ª Turma, Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, DJ de 15/05/2008.)

Com efeito, esses precedentes jurisprudenciais do TRF – 1ª Região ratificam a interpretação de que a percepção de proventos de militar reformado é inacumulável com a pensão especial de ex-combatente.

3 CONCLUSÃO

Baseando-se na fundamentação retro, constata-se que, conforme adequada exegese do art. 1º da Lei nº 5.315/67, recepcionado pelo art. 53, *caput* e inciso II, do ADCT, da Constituição Federal de 1988, o militar que participou efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial e permaneceu na carreira, sendo transferido para a reserva remunerada e/ou reformado, não possui direito subjetivo de percepção da pensão especial de ex-combatente porque não foi licenciado do serviço ativo nem retornou à vida civil definitivamente.

Por outro lado, se assim não ocorresse, todos os militares reformados, que participaram efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, acumulariam os seus proventos com a pensão

especial de ex-combatente, tornando letra morta a determinação de inacumulabilidade com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos e contrariando o fim social de apenas amparar os ex-combatentes e não de acumulá-los de benesses públicas. De ver-se, portanto, que não parece ser razoável interpretar de outra forma a restrição contida no inciso II, do art. 53, do ADCT, da Carta Magna.

Em outras palavras, se admitido o entendimento em sentido contrário, essa proibição constitucional de inacumulabilidade da pensão com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos passaria a ser a exceção, e a acumulação passaria a ser regra, incluindo-se, indevidamente, os proventos pagos aos militares das Forças Armadas, violando-se o disposto no retrotranscrito art. 4º, §2º, da Lei nº 8.059/90.

Nesse sentido, a súmula da Advocacia-Geral da União, em seu enunciado nº 7 ⁵, com nova redação dada pelo ato de 1º/08/2006, dispõe:

A aposentadoria de servidor público tem natureza de benefício previdenciário e pode ser recebida cumulativamente com a pensão especial prevista no art. 53, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devida a ex-combatente (no caso de militar, desde que haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente – art.1º da Lei nº 5.315, de 12.9.1967). (NR)

Diante do exposto, pode-se concluir que, na conformidade do art. 53, *caput* e inciso II, do ADCT, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 1º da Lei nº 5.315/67 c/c o art. 4º da Lei nº 8.059/90, a percepção de proventos de militar reformado das Forças Armadas é inacumulável com a pensão especial de ex-combatente.

REFERÊNCIAS

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: , 2004.

<<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 1º set. 2008.

<<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008.

<<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em: 02 set. 2008.

<<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008.

<<http://www.trf2.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008.

<<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008.

5 Ato publicado no Diário Oficial da União de 02/08/2006.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: PERSPECTIVAS, ATRIBUIÇÕES E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Valkiria Silva Santos

Advogada da União na Procuradoria da União em Minas Gerais

Pós-Graduada em Direito Público - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Sumário: 1 Considerações preliminares; 2 Advocacia-Geral da União, base constitucional; 3 A nova instituição, estrutura e atribuições da AGU; 4 Estado, Governo e Administração: conceitos; 5 AGU, representação e assessoramento do Estado; 6 A AGU, como função essencial à justiça, no Estado Democrático de Direito, e a efetivação dos Direitos Fundamentais; 6.1 Justiça, sustentação e significado; 6.2 Estado Democrático de Direito e soberania popular; 6.3 A AGU como sujeito de efetivação de Direitos Fundamentais; 7 Conclusão: instituição em defesa da sociedade; Referências.

RESUMO: Este artigo apresenta o resultado de um estudo crítico sobre uma das Funções Essenciais à Justiça, previstas na Constituição Federal de 1988: a Advocacia Pública. Trata-se de instituição que, numa missão de zeladoria de valores, busca a concretização de uma justiça em sentido amplo, que é objetivo de todo Estado Democrático de Direito.

É à AGU que compete, no nascedouro das políticas, leis e atos federais, bem como nos procedimentos judiciais e extrajudiciais, assessorar o Estado, para que aplique, corretamente, os princípios do Estado Democrático de Direito.

Com isso, a Advocacia-Geral da União assessora e representa o próprio povo, elemento desse Estado e, com isso, no desempenho de suas funções, atua em busca da prevalência de direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça. Estado. AGU. Atribuições. Direitos. Garantias Fundamentais. Zeladoria. Efetivação.

ABSTRACT: This paper presents the result of a critical account about one of the Essential Functions of the Justice, according to the Federal Constitution of 1988: the Public Attorney. It is an institution that, in a custodian mission of values, looks for the effectivity of Justice in its broader sense, taken as the aim of every Democratic Rule-of-Law State.

It is attribute of the Federal Attorney Office, in the birth of federal policies, laws and acts, as well as in judicial and extrajudicial proceedings, to assist the State, so that it applies correctly the principles of a Democratic Rule-of-Law State. Then, the Federal Attorney Office assists and represents the people of this State and, so, it acts in order to make prevail their rights and fundamental guarantees.

KEYWORDS: Justice. State. Federal Attorney Office. Attributions. Fundamental Guarantees. Custody. Effetivation.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O mito de que a Advocacia-Geral da União - AGU defende os interesses do Governo Federal é vigente em nossa sociedade. A população — e até mesmo alguns estudiosos do Direito — não sabem quais as atribuições da instituição que são, inclusive, voltadas para a proteção e a garantia dos Direitos Fundamentais.

Esse pensamento se difunde, em virtude de um conhecimento deturpado da sociedade do que seja o Estado, não o desatrelando do termo governo e, além disso, não sabendo, muitas das vezes, identificar o interesse público e, menos ainda, as instituições que o defendem.

Nosso artigo se propõe a apresentar o resultado de um estudo crítico sobre uma das Funções Essenciais à Justiça, previstas na Constituição Federal de 1988: a Advocacia Pública. Trata-se de instituição que, junto com o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Privada, em uma missão de zeladoria de valores, busca a concretização de uma justiça em sentido amplo, que é objetivo de todo Estado Democrático de Direito.

Entretanto, visando especialização e conseqüente aprimoramento desse trabalho, mister se faz uma limitação do campo de pesquisa, relativamente à atuação da Advocacia-Geral da União, sem embargo de seu resultado apresentar linhas gerais aplicáveis à Advocacia Pública, em sentido amplo.

Apresentamos este estudo sobre a Advocacia-Geral da União — criada com o fim de defender os interesses do Estado, o interesse público — numa perspectiva de comprovar que as ações da AGU, constitucional e legalmente previstas, bem como os resultados de sua atividade, consultiva ou contenciosa, contribuem para efetiva proteção e garantia de direitos de toda a sociedade civil.

Esta exposição envolve uma análise dessa instituição, com uma apresentação básica da legislação pertinente, identificando quais são as atribuições e a estrutura da AGU e, com efeito, esclarecendo, cientificamente, a sua função social.

A pesquisa pretende, enfim, comprovar a repercussão da AGU na sociedade, combatendo o pensamento vigente de que ela é a advocacia do Governo Federal, e, sendo a presente autora Advogada da União, objetiva apresentar uma visão prática de sua atuação na carreira, compartilhando com o leitor seu conhecimento sobre essa instituição.

2 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, BASE CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal - CF, referindo-se ao Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, põe em destaque a legitimidade e

a legalidade da estrutura organizacional e das diretrizes de atuação da Administração Pública.

Os gestores do Estado devem nortear todos os seus atos por respeito às leis, a princípios como os da proporcionalidade e da razoabilidade, privilegiando a participação dos cidadãos e a supremacia do interesse público.

As atividades políticas, preventivas e postulatórias, para identificação, acautelamento e defesa de interesses públicos, são da competência das chamadas Funções Essenciais à Justiça, quais sejam: a Advocacia, o Ministério e a Defensoria públicos, bem como a Advocacia Privada.

Interessa-nos, aqui, a Advocacia Pública, realizada por órgãos tecnicamente habilitados e com sua independência funcional garantida pela Constituição, a fim de exercer, eficientemente, o controle dos interesses jurídicos do Estado postos à sua cura.

A Advocacia Pública, expressão que veio a ser incluída na Constituição pela Emenda Constitucional nº 19, não tinha, no passado, tradição no plano federal. Na verdade, as funções de representação e assessoramento da União eram exercidas pelo Ministério Público Federal - MPF. Somente com a nova Constituinte isso começou a mudar, com a previsão constitucional de criação da Advocacia-Geral da União.

Assim, em 1988, na esfera federal, deu-se início à criação da AGU, pelo art. 131 da Constituição, *in verbis*:

Art. 131 A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Isso ocorreu em virtude da inviabilidade de se manter a dupla função anteriormente exercida pelo Ministério Público Federal, que acumulava, com a sua missão tradicional: a função de defender os interesses da União, ensejando conflitos de interesses.

Essa opção do Constituinte foi muito acertada e oportuna, separando a Advocacia-Geral da União do MPF e, ainda, colocando-a, também, no Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, reservado às chamadas “Funções Essenciais à Justiça”, querendo o constituinte, desta forma, considerar que essa nova instituição, a AGU, não integra nenhum dos três poderes.

Com isso, a AGU, bem como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Privada, não se vinculam a nenhum dos três Poderes, sendo órgãos independentes, em sua missão constitucional.

Nesse passo, dando novo ritmo à defesa da União, sempre a serviço da sociedade, coube à Lei Complementar 73 criar, efetivamente, a AGU, definindo sua estrutura e as atribuições de seus membros, com uma carreira própria, com ingresso nas carreiras iniciais previsto por concurso público de provas e títulos.

3 A NOVA INSTITUIÇÃO, ESTRUTURA E ATRIBUIÇÕES DA AGU

Com essa base constitucional, estabeleceu-se uma tríplice regulamentação, infraconstitucional e infralegal, das atividades dos membros da AGU. Trata-se de normas de comportamento da advocacia, em geral; legislação pertinente ao Servidor Público Federal, em sentido amplo, e, ainda, normas que regulam a Advocacia-Geral da União, em especial.

Assim, regulam a AGU os regramentos da Advocacia Privada, gozando seus membros de inviolabilidade constitucional, nos limites do art. 134 da CF, e se subordinando, no desempenho das suas funções, às prescrições do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994).

Os membros da Advocacia-Geral da União se subordinam, também, ao Estatuto do Servidor Público, a Lei n. 8.112, bem como a toda a legislação pertinente ao tema, que acresce, aos Advogados do Estado, os deveres funcionais hierárquicos e disciplinares próprios dos Servidores Públicos, desde que compatíveis com os regramentos referentes aos advogados privados e públicos.

Noutro lado, em especial, a Lei Complementar n. 73, de 10.02.1993, disciplina e organiza a AGU, chefiada pelo Advogado Geral da União, de livre escolha do Presidente da República. Trata-se de instituição complexa, que envolve a atuação de muitos órgãos, integrantes e vinculados, no desempenho de diversas atribuições, sendo organizada em carreiras específicas e vinculadas.

São membros da AGU os Advogados da União, responsáveis pela representação judicial e pelo assessoramento jurídico da Administração Direta — incluindo seus Ministérios e demais órgãos federais —, representando a União, em ações de natureza não tributária, e os Procuradores da Fazenda Nacional, responsáveis pelas causas tributárias da União.

Vinculados à AGU, tem-se os Procuradores Federais, responsáveis pela representação judicial e pelo assessoramento jurídico da Administração Indireta, ou seja, das Autarquias Federais, incluindo as Agências Reguladoras, e das Fundações Públicas Federais; e também os Procuradores do Banco Central, que atuam na defesa e no assessoramento, especificamente, dessa autarquia.

A AGU tem como missão atuar na defesa das rendas, do patrimônio e das políticas públicas do Estado brasileiro, o que faz, na área contenciosa, quando há conflito de interesses, seja judicialmente ou extrajudicialmente, representando os órgãos, quando autores, réus ou interessados; e consultiva, prestando assessoramento jurídico na formulação de leis, políticas e celebração de convênios e contratos, etc.

Na esfera judicial, objetiva patrocinar aos órgãos que representa o maior e melhor contraditório possível, dentro do procedimento judicial, evitando pagamentos indevidos a particulares, em detrimento do patrimônio da coletividade, bem como danos irreparáveis aos bens da União, que pertencem a todos os cidadãos brasileiros.

Já a atividade de consultoria jurídica consubstancia garantia de controle interno da legalidade, servindo como instrumento que visa coibir ações que impliquem desrespeito a direitos fundamentais ou que lesem o erário. Assessora os órgãos emitindo, por exemplo, pareceres sobre projetos de leis e políticas a serem implementadas, bem como zelando pela constitucionalidade, legalidade e juridicidade dos atos administrativos.

4 ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO: CONCEITOS

Sobre esse tópico, insta-nos esclarecer que este ponto de nosso trabalho não é conclusivo quanto a tais temas, cujos conceitos a doutrina muito tem debatido. Valorosos trabalhos jurídicos há sobre os significados desses conceitos, ocupando-se seus autores com densas análises históricas, filosóficas e sociológicas. Esse não é, todavia, o nosso objetivo. Aqui, faz-se necessária apenas uma digressão preliminar, delimitando conceitos que servirão como marco teórico para as conclusões seguintes.

Iniciamos, então, com uma breve conceituação de uma das instituições mais complexas e significativas, qual seja: o Estado. Tal denominação, segundo Dallari¹, é adotada, pela grande maioria dos juristas, para designação das sociedades políticas que, com autoridade superior, fixam as regras de convivência de seus membros.

Segundo esse o renomado jurista, pode-se conceituar Estado como a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”². Nessa linha, claro está que são elementos do Estado: o povo, o território e a soberania.

1 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 91.

2 Ibid.

Em consequência, trata-se, a vida do Estado, de uma série ininterrupta de ações humanas que, por sua vez, possuem determinados fins. Consequentemente, o fim do Estado deve ser a síntese desses interesses individuais.

Com efeito, existe uma ligação intrínseca entre um dos elementos do Estado — o povo — e o próprio Estado, dando-se conta de que a finalidade deste é o resultado das múltiplas necessidades do povo. Dallari assim sintetiza essa questão:

Procedendo-se a uma síntese de todas essas idéias, verifica-se que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.³

Nada obstante, na verdade, não é essa a idéia vigente na sociedade brasileira. O povo, parte do Estado, não sabe nem mesmo que é ele o proprietário e destinatário dos frutos do Patrimônio Público.

Neste ponto, citamos os ensinamentos de nosso colega Marcus Ronald Carpes⁴, *in verbis*:

[...] ao observador ressalta uma tendência, muitas vezes estimulada pela mídia, ainda que involuntariamente, a se compreender o Estado como algo completamente desligado da sociedade; um ser autônomo que, em vez de garante da liberdade, no melhor estilo contratualista, tem função meramente restritiva de direitos; esse ser que habita o imaginário popular não é identificado com o patrimônio público.

Noutro passo, a Administração Pública, segundo Alexandre de Moraes⁵, pode ser definida, objetivamente, como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, para a consecução dos interesses coletivos. Já, subjetivamente, compreende o conjunto de órgãos e pessoas

3 DALLARI, op.cit.

4 CARPES, Marcus Ronald. Advocacia da União e Estado de Justiça. Debates em Direito Público. *Revista de Direito dos Advogados da União*, Brasília, n. 6, p. 35-36, out. 2007.

5 MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. Brasília: Atlas, 2006. p. 302.

jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.⁶

José dos Santos Carvalho Filho⁷ também divide a Administração Pública em dois sentidos: o subjetivo e o objetivo. O sentido subjetivo significa o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Objetivamente, administrar indica gerir, zelar; ação dinâmica de supervisão, sendo que o adjetivo “pública” significa tanto o Poder Público quanto a própria coletividade.

Trata-se da gestão de interesses públicos pelo Estado, seja através da prestação de serviços públicos, seja através da organização interna, ou, ainda, pela intervenção na esfera privada, muitas das vezes restringindo a atuação do particular. Tudo isso sempre lembrando que a destinatária final dessa gestão é a coletividade, ainda que, de forma imediata, ela beneficie o Estado.

E o que seria o Governo?

Governo confunde-se com soberania, sendo um dos elementos do Estado que, como dito, é integrado por povo, território e soberania; ou seja, é o terceiro elemento do Estado, é a delegação de soberania nacional, a própria soberania nacional posta em ação, como sintetiza a escola francesa.

Em outra linha de pensamento, da escola alemã, é um tributo indispensável à personalidade abstrata do Estado, caracterizando-o e particularizando-o, em relação às instituições preexistentes.

Já buscando conceitos na Sociologia, a palavra “governo” tem dois sentidos: o coletivo e o singular. O primeiro deles, como o conjunto de órgãos que prescindem à vida política do Estado; o sentido singular, como o próprio Poder Executivo, órgão que exerce, mais ativamente, a função de direção dos negócios públicos.

Com efeito, Estado, Administração e Governo expressam conceitos interligados, mas diversos. Não podem ser confundidos e substituídos uns pelos outros, sob pena de desvirtuamento de conceitos.

Governo é atividade política discricionária, que segue a ideologia política vencedora no procedimento eleitoral e que, por isso, é temporário, mudando sempre que o povo assim o decidir.

6 Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso de Direito Administrativo*, 2006, p. 29-37, define a Função Administrativa como aquela que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que, no sistema constitucional brasileiro, se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos, todos, a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.1-10.

Concluindo, Administração é atividade neutra, aparelhada de órgãos e cargos, vinculados à lei. Administração é o instrumento de que dispõe o Estado para por em prática as opções políticas do Governo.

Estado, por fim, não se confunde com Governo; conseqüentemente, Advogado do Estado não deve ser compreendido como advogado do governo e, muito menos, como advogado de governantes.

5 AGU, REPRESENTAÇÃO E ASSESSORAMENTO DO ESTADO

Quando o Estado Brasileiro é examinado, internamente, ele se discrimina em três entes: a União, os Estados-membros da Federação e os Municípios. As pessoas jurídicas podem ser de Direito Externo ou de Direito Interno, e soberanas ou autônomas. Pessoa Jurídica soberana é aquela que possui, de maneira eminente e originária, o poder de declaração ou de legitimação do Direito positivo.

Como preconiza Alexandre de Moraes⁸, a União é a entidade federativa autônoma, em relação aos Estados-membros e aos municípios, constituindo-se como pessoa jurídica de Direito Público Interno, cabendo-lhe exercer as atribuições de soberania do Estado brasileiro.

Ressaltamos que aqui já começa a haver um problema que nem sempre é bem posto. Geralmente, se pratica o erro de pensar que o Estado brasileiro é a União, quando a União é, efetivamente, um dos aspectos internos do Estado brasileiro. Realmente, difere-se Estado de União, mas cumpre lembrar que cabe à União representar o Brasil no exterior, ou seja, falar em nome da totalidade do Estado brasileiro.

Noutro passo, o Estado é um ente personalizado, apresentando-se não apenas nas relações internacionais, mas também internamente, como pessoa jurídica de direito público interno, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações através de seus entes federados. Em nosso regime federativo, todos os três componentes da federação materializam esse Estado, cada um deles atuando dentro dos limites de competência traçados pela Constituição.

Compete à AGU a representação e o assessoramento da União, materialização do Estado. As ações da Advocacia-Geral da União se situam no campo das chamadas atividades-fim⁹, sendo voltadas ao estabelecimento, à manutenção, ao cumprimento e ao aperfeiçoamento

8 MORAIS, op. cit., p. 254.

9 A atuação do Estado se distingue entre *atividades-fim* e *atividades-meio*. As primeiras visam ao estabelecimento, manutenção, cumprimento e aperfeiçoamento da ordem jurídica. Já as chamadas *atividades-meio* englobam todas as demais ações de aparelhamento necessárias à eficiente e eficaz execução das atividades-fim.

da ordem jurídica federal e, apenas secundariamente, dirigidas ao aparelhamento da União.

A Advocacia-Geral da União tem o dever de oferecer o melhor contraditório possível ao ente estatal que representa, bem como de avaliar a constitucionalidade, a legalidade e juridicidade das políticas, ações e programas desenvolvidos pelo Governo Federal que gere, administrativa e temporariamente, a União.

Nesse diapasão, reduzir a Advocacia-Geral da União a um enorme escritório particular de advocacia do administrador público federal é temerário ao Estado Democrático de Direito.

É que a AGU tem a função constitucional de, dentro e fora do processo judicial, aconselhar, persuadir e induzir os agentes políticos no sentido de adotarem providências, normativas e concretas, que se destinem à afirmação do primado dos valores jurídicos e democráticos.

A sujeição da Advocacia Pública a comandos e interferências dos gestores públicos, em suas funções, é um solene desprezo à circunstância de ela ser, constitucionalmente, independente, na missão de zeladoria do ordenamento jurídico. É o que ressalta o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 127¹⁰, com manifesta indignação:

O Governador do Estado não pode tomar para si, patrimonializando-se como mera projeção pessoal do Chefe do Poder Executivo, um órgão público concebido pela Constituição local como depositário da magna prerrogativa de representar, em juízo, o próprio Estado – pessoa jurídica de direito público interno.

Moreira Neto¹¹ lembra que a Advocacia Pública é a verdadeira Advocacia do Estado, pensar o contrário implicaria estorvar, quando não impedi-la de “exercer com a eficiência, que a Carta Magna delas exige, a plenitude de seus deveres funcionais, notadamente o controle, por via judicial e extrajudicial, dos superiores interesses da ordem jurídica do Estado, postos à sua cura”.

No que se refere às atividades da Advocacia Pública, o efeito desejado é a realização do interesse público, não do interesse dos governantes do momento ou de indivíduos ou grupos existentes no meio social.

10 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado Revisitada Essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Debates em Direito Público, Revista de Direito dos Advogados da União*, Brasília, n. 4, p. 36-65, out. 2005.

6 A AGU, COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA, NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1 JUSTIÇA, SUSTENTAÇÃO E SIGNIFICADO

A AGU está balizada pelo interesse público, pelo interesse da sociedade, da coletividade, do bem geral. Ela submete a administração federal ao Direito, tendo, pois, verdadeiro compromisso constitucional com o Estado Democrático de Direito, tanto na defesa das liberdades individuais, quanto no dever de assegurar a justiça material.

Faz isso contrariando interesses de maus administradores, muitas das vezes corruptos, que tacham a sua eficiente atuação de “cuidados exagerados”, “excessiva prudência” ou desarrazoada “preocupação formal” que, para tais gestores, estaria atrapalhando o atendimento do “interesse público”, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹², que destaca:

Como se o respeito ao Direito não fosse também do mais lúdimo interesse público. [...]

Cumprempregar efetivamente o relegado e desdenhado instrumento previsto pelo constituinte para a realização do difícil, delicado e permanente controle interno de jurisdição da administração pública, que é uma eficiente Advocacia de Estado, pois não foi com outra razão que a alçou a função constitucionalmente autônoma.

A Advocacia Pública, instituição constitucional que a AGU integra, tem elevada missão construtiva e civilizadora, na sustentação da justiça.

E que justiça?

Uma justiça que implica constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar, livremente, seus valores potenciais, visando atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com os da coletividade.

Com efeito, a Carta Magna zela pela busca de um Estado de Justiça, sendo essa interpretada em acepção ampla, A significar não somente a atividade típica exercida pelo Poder Judiciário, como também a justiça abrangente da equidade, da legitimidade, da moralidade.

¹² MOREIRA NETO, op. cit.

6.2 . ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SOBERANIA POPULAR

A literatura jurídica é escassa, no tratamento do tema Advocacia Pública, não obstante estar ele visceralmente ligado à realização da justiça e democracia. A plena realização do Estado Democrático de Direito não é apenas um “luxo ético do desenvolvimento”, expressão usada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹³.

Trata-se, sim, de algo que se torna exigível para se manter no mundo globalizado. Não se trata apenas do resultado do desenvolvimento de um Estado, mas, na verdade, de condição para que ele seja alcançado.

Compete-nos citar, mais uma vez, Moreira Neto¹⁴, que diz que, de fato, “essas funções são instrumentos essenciais, por certo, à justiça, como está explícito, mas, nela compreendida, a essencialidade à própria existência de Estado Democrático de Direito, pois lograr justiça nada mais é que respeitar os direitos fundamentais”.

Nessa linha de pensamento, algo que escapa ao leitor negligente ou supérfluo da Carta Magna, é a interligação lógica e necessária entre a AGU — como uma das Funções Essenciais à Justiça —, o Estado Democrático de Direito e os Direitos Fundamentais.

A Justiça, comando do Estado Democrático de Direito, só será alcançada com a efetivação de Direitos Fundamentais. Da superação do Estado Social, surge o Estado Democrático de Direito¹⁵, a significar que a democracia se garante por meio de um sistema de Direitos Fundamentais, que assegura um processo legislativo democrático, com base na soberania popular. Essa e os Direitos Fundamentais são elementos justificadores da legitimidade do Direito. A soberania popular embasa um procedimento que permite a participação e, assim, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Já a efetivação de direitos fundamentais, por si só, fundamenta o domínio de Leis legítimas.

Os direitos fundamentais, que, por meio de procedimentos democráticos, são outorgados, reciprocamente, pelos cidadãos, como sujeitos,¹⁶ serão legítimos quando todos os possíveis afetados puderem estar de acordo, como participantes em um discurso racional.

13 MOREIRA NETO, op. cit.

14 MOREIRA NETO, op. cit.

15 Após acontecimentos importantes, como a Segunda Guerra e a onda de instituição de movimentos de organização da sociedade civil, passa-se a ter a compreensão de um direito participativo, em que a sociedade civil exerce importante papel controlador e conformador do Estado, pluralista, respeitando os diversos matizes sociais, na busca da efetivação de direitos.

16 Os cidadãos são sujeitos e autores de direitos. Segundo esta compreensão procedimentalista, a concretização de direitos fundamentais constitui um processo que garante autonomia privada de sujeitos

Com efeito, o paradigma do Estado Democrático de Direito e a conseqüente releitura dos institutos, amparada nos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, passam a ser amplamente difundidos, como instrumento de limitação judicial, legislativa e administrativa do poder estatal, em face do indivíduo.

Inúmeros julgados, Leis e Atos Administrativos se dispõem a aplicar os citados princípios, de modo a buscar uma ponderação que limite a atuação estatal, a fim de diminuir o excesso de intervenção, com vistas à restrição de direitos individuais, que será legítima apenas quando necessária, adequada e justa.

Muitas críticas são endereçadas à atuação do Estado. Algumas das matérias requerem prudência no seu exame, solicitando a mesma aplicação dos novos princípios da razoabilidade e do devido processo legal, para que o Estado não se transforme em violador da Lei Fundamental.

6.3 A AGU COMO SUJEITO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Urge impedir que os gestores do Estado instituem políticas, leis e atos que se afastem da vontade geral do cidadão, criando um direito ilegítimo, o colocaria em risco a existência do próprio Estado Democrático de Direito.¹⁷ É à AGU que compete, no nascedouro das políticas, leis e atos federais, bem como nos procedimentos judiciais e extrajudiciais, assessorar o Estado, para que aplique, corretamente, os princípios do Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, a Advocacia-Geral da União assessora e representa o próprio povo, elemento desse Estado e, com isso, no desempenho de suas funções, atua em busca da prevalência de direitos e garantias fundamentais.

No caso do Brasil, consagrados estão, no art. 5 da CF, os direitos “à inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à segurança, à igualdade, à segurança e à propriedade”, nos termos especificados nos incisos do artigo constitucional. Já, nos capítulos seguintes do Título II da CF,

privados iguais em direitos, porém, em harmonia com a ativação de sua autonomia enquanto cidadãos. É a construção participada dos afetados nunca efetiva aplicação da Teoria Discursiva de Habermas, que somente pode ser exercida a partir de um procedimento que garanta aos afetados a possibilidade de argumentação para definição do melhor argumento. (PEREIRA, 2006, p.184-188)

17 Retomando Habermas, existe um diálogo legitimador entre a soberania popular e os direitos fundamentais, em um círculo legitimador do Direito. A soberania popular permite a participação, o que justifica a legitimidade dos resultados. Já a efetivação dos direitos fundamentais o domínio de Leis legítimas. (PEREIRA, 2006 p.184-188)

previstos estão os direitos sociais, as regras referentes à nacionalidade e os direitos políticos.

Enfim, procura a Carta Magna, com o regramento de Direitos Fundamentais¹⁸, criar e manter os pressupostos elementares de uma vida calcada na liberdade e dignidade humana. Os instrumentos protetores dos direitos humanos adquirem, assim, significativa importância no Estado Democrático de Direito, que deve promover, por meio de um sistema de princípios e regras processuais, o aprimoramento da ordem jurídica, ao limitar e controlar o poder estatal, bem como ao buscar a concretização dos Direitos Fundamentais.

Nesse passo, além das altas funções de elaborar e aplicar as leis, o Estado deve, necessariamente, desenvolver o bem-estar social, a saúde, a educação, a ciência, as artes, a cultura.

Para tanto, o Estado necessita de pessoas físicas, para exercer suas funções, impescinde de órgãos do Estado, que constituem a estrutura do aparato estatal e se vinculam ao Estado-comunidade. É por meio desses órgãos do Estado que se formulam os programas políticos, realizam-se as exigências das comunidades, criam-se normas, vigia-se a aplicação delas, instituem-se direitos, além de serem eles os responsáveis pela manutenção de relações com outros Estados e pelo controle de órgãos inferiores e auxiliares do Estado.

Entrementes, a Constituição exige que aquele que abraça, livremente, a Advocacia Pública — no caso deste artigo, referimo-nos à AGU — assuma o dever de sustentar e aperfeiçoar, em prol da sociedade, a efetiva supremacia desses valores fundamentais, o que faz zelando pela constitucionalidade, pela legitimidade e juridicidade de toda relação que lhe seja, profissionalmente, submetida.

Sendo o Estado aquele que detém o monopólio da coação, no que se refere à distribuição da justiça, como ordenação do poder, disciplina as formas e os processos de execução coercitiva do Direito. Para tanto, necessita do assessoramento e da fiscalização da Advocacia Pública.

Na esfera federal, compete à AGU sustentar e aperfeiçoar a ordem jurídica: sustentá-la no desempenho de atos eficazes, aptos a manterem a incolumidade da ordem jurídica, e aperfeiçoá-la, com prática efetiva e eficiente desses atos, no aprimoramento qualitativo de todo o sistema,

18 Apresentamos a tese de Paulo Bonavides, que esclarece que os Direitos Fundamentais, no aspecto formal, receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada, sendo alteráveis somente através de emenda constitucional. Já sob o ponto de vista material, apresentando ensinamentos de Schmitt, Bonavides esclarece que os Direitos Fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. (BONAVIDES, 2008. p. 560-577)

porque a democracia material não se aperfeiçoa sem trilhar o árduo caminho da eficiência.

Sejamos práticos e claros: da participação de todos os cidadãos se forma o Patrimônio Público: impostos, contribuições, outras rendas. Esse patrimônio é do povo e deve servir para atender às suas necessidades, tais como: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, transporte, segurança, ou seja, Direitos Fundamentais.

Para concretizar esse fim, atendendo, eficientemente, as necessidades do povo, o Estado adquire bens, bem como remunera servidores públicos. Enfim, agrega mais valores, humanos e não-humanos, ao Patrimônio Público.

Entrementes, para defender esse patrimônio, a União, que, na esfera federal, materializa o Estado brasileiro, conta com uma instituição fundamental: A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.

Foi a AGU, em 2007, por exemplo, que evitou, somente em ações no Supremo Tribunal Federal, a retirada de R\$ 30 bilhões dos cofres públicos e, além disso, outros R\$ 13 bilhões em impostos, inscritos em dívida ativa, foram recuperados.

Com efeito, a AGU protege o Patrimônio Público, defendendo os interesses da União em ações judiciais e extrajudiciais, para preservar os interesses da coletividade.

Quando o particular propõe uma ação em face da União, compete à AGU, dentro do contraditório do procedimento judicial, garantir que a parte só receba o que lhe é devido. Compete, também, à AGU propor ações para proteger os interesses da União. Tudo isso com o único fim de manter íntegro o Patrimônio Público, que é subsídio para efetivação de Direitos Fundamentais.

Já, na assessoria para formulação de Leis e para realização de convênios, contratos e outros, a Advocacia-Geral da União proporciona segurança jurídica aos órgãos públicos federais, quanto à constitucionalidade e à legalidade de seus atos, e atua no combate à corrupção e à sonegação, na legítima aplicação dos recursos públicos.

7 CONCLUSÃO: INSTITUIÇÃO EM DEFESA DA SOCIEDADE

Diante de todo o exposto, conclui-se que, como condição para esse Estado Democrático de Direito, mister se faz a existência de instituições de controle externo e interno, como a AGU. Ela representa, com crescente nitidez, o importante papel de sustentar e aperfeiçoar a legalidade, a legitimidade e a cidadania.

Essa instituição, cada vez mais, se afirma como presença construtiva na vida nacional, atuando, simultaneamente, como

advocacia pública e órgão garantidor do Estado de Direito. Está cada vez mais eficiente, em sua missão constitucional, com vistas a que a ação administrativa da União seja cada vez mais obediente à ordem jurídica.

A AGU defende interesses permanentes, que estão acima de interesses individuais do gestor público federal. A missão dela é lutar pelo interesse público, que tem por titular a comunidade, agindo como garantidora da legalidade dos atos da administração pública e favorecendo o controle desses atos, pela sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

BRASIL. Lei Complementar 73, de 10.02.1993, <http://www.agu.gov.br/legislacaoenormas/legislacao_normas.asp?aba=1>.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed.rev. Bauru, SP: Edipro, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARPES, Marcus Ronald. Advocacia da União e Estado de Justiça. Debates em Direito Público, *Revista de Direito dos Advogados da União*, Brasília, n. 6, out. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. Brasília: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 1ª ed., São Paulo, 1998 – (Coleção temas jurídicos: 3).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado Revisitada: Essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Debates em Direito Público, Revista de Direito dos Advogados da União*, Brasília, n. 4, out. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 1, 2001.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 1, 2001.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado, Novos paradigmas em face da globalização*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

