

# Publicações da Escola da AGU

---

## Curso de Formação para Advogados da União - 2013: trabalhos selecionados volume 1

---

n. 28 maio 2013 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 28	p. 1-340	maio 2013
---------------------------------	----------	-------	----------	-----------

# Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União  
Ministro Victor Nunes Leal

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

## ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

## DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

## ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

## EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

## COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
Filipo Bruno Silva Amorim

**Apoio Institucional:** Escola da AGU  
**Diagramação/Capa:** Niuza Lima/Glúcia Pereira

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

Publicações da Escola da AGU: Curso de Formação para Advogados da União 2013: trabalhos selecionados - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 28, v. 1 (maio 2013).  
Brasília: EAGU, 2012. mensal.  
A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal  
ISSN 2236-4374

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

CDD 340 . 5  
CDU 34 (05)

## CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Alves Feitosa	Jorge Luiz Castilhos Garcia
Altair Roberto de Lima	José Roberto Machado Farias
Boni de Moraes Soares	Juliana Sahione Mayrink Neiva
Caio Castelliano de Vasconcelos	Karina Nathércia Sousa Lopes
Daniela Figueira Aben-Atar	Luciano Medeiros de Andrade Bicalho
Danilo Barbosa de Santanna	Marcelo Eugênio Feitosa Almeida
Diogo Palau Flores dos Santos	Niomar de Sousa Nogueira
Edmar Fernandes de Oliveira	Paulo Roberto Gonçalves Junior
Eduardo Alonso Olmos	Quésia Maria Mendes Neiva
Evandro Luiz Rodrigues	Renato Dantas de Araujo
Fabiola Souza Araújo	Rodrigo Frantz Becker
Francisco Orlando Costa Muniz	Rodrigo Pereira Martins Ribeiro
Gustavo Augusto Freitas de Lima	Savia Maria Leite Rodrigues Goncalves
Isadora Maria B. Rocha Cartaxo de Arruda	Teresa Cristina de Melo costa

## SUMÁRIO

Apresentação .....	7
A Capilaridade da Consultoria Jurídica da União Como Instrumento de Orientação na Direção Horizontal da Sustentabilidade Troika nos Procedimentos Licitatórios <i>The Capillarity of the Juridical Consultatory Union as a Means of Orientation in Horizontal Direction of Troika Sustainability in Bidding Procedures</i> <i>Abraão Soares Dias dos Santos Gracco .....</i>	9
Terceirização no Serviço Público: responsabilidade subsidiária da união por dívidas trabalhistas <i>Outsourcing In The Public Service: subsidiary responsibility of union for labor debts</i> <i>Artur Barbosa da Silveira.....</i>	29
A atuação do Poder Judiciário na Implementação de políticas públicas: análise de sua legitimidade <i>The role of the Judiciary in Implementing Public Policy: analysis of its legitimacy</i> <i>Bráulio Lisboa Lopes.....</i>	45
Atuação da Advocacia-Geral da União em Matéria Trabalhista <i>The Activity of the General Advocacy of the Union in Labor Matters</i> <i>Camila Rocha Portela .....</i>	61
Interesse Público Primário e Interesse Público Secundário: o papel constitucional da Advocacia-Geral da União <i>Primary and Secondary Public Interest: the Constitutional Function Assigned to the State Attorney for Brazil</i> <i>Carlos Vítor de Oliveira Pires .....</i>	83
Os Direitos Sociais e a Atividade Consultiva da Advocacia-Geral da União <i>The Social Rights and the General Attorney of the Union's Consulting Activity</i> <i>Clemens Emanuel Santana de Freitas .....</i>	99
Da Responsabilidade do Advogado Público pela Emissão de Pareceres Jurídicos <i>The Responsibility of the Public Advocate for the Issue of Legal Opinions</i> <i>Daniel de Oliveira Lins.....</i>	121

Uma Possível Relação entre o Princípio da Razoável Duração do Processo e a Conciliação <i>The Probable Relation Between the Principle of Reasonable Duration of the Process and the Conciliation</i> <i>Dickson Argenta de Souza</i> .....	137
Honorários Advocáticos em Face da Fazenda Pública <i>Attorney Fees in Face of Public Finance</i> <i>Diego Eduardo Farias Cambraia</i> .....	161
O Princípio da Unidade Familiar e os Institutos da Remoção e da Licença, com Exercício Provisório <i>The Principle of Family Unity and the Institutes of Removal and License with Temporary Assignment</i> <i>Eduardo Jorge Pereira Alves</i> .....	193
Consultoria Jurídica como Função Essencial à Justiça <i>Legal Consulting as Essential Function of Justice</i> <i>Enivaldo Pinto Pólvara</i> .....	211
O Novo Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais <i>The Federal Public Beneficiaries New Pension Regime</i> <i>Gabriela Baracho Moreira</i> .....	225
Programa de Redução de Litígios e de Aperfeiçoamento da Defesa Judicial da União: o contribuir da Advocacia-Geral da União para eficiência da prestação da tutela jurisdicional <i>Reduction Litigation Program and Improvement of Judicial Defense of the Union: the contribution of the Advocacy-General of the Union for efficiency by courts</i> <i>Giselli dos Santos</i> .....	243
Uma Análise Crítica das Unidades de Dificil Provimento no Âmbito da Advocacia da União e o Impacto Causado nos Concursos de Remoção <i>A Critical Analysis of the Unidades de Dificil Provimento Within the Advocacia-Geral da União and Its Impacts on the Concursos de Remoção</i> <i>Henrique Moreira Gazire</i> .....	259

A aplicação (regrada) da Penalidade de Demissão no Âmbito do Procedimento Administrativo Disciplinar <i>The (Ruled) Penalty of Dismissal Under the Administrative Disciplinary Procedure</i> Igor Itapary Pinheiro .....	275
Criação e Principais Linhas de Atuação do Grupo Permanente de Atuação Pró-Ativa da Advocacia-Geral da União na Defesa do Patrimônio Público da União e da Probidade Administrativa <i>Creation and Main Lines of Action from the Permanent Group of Practice Pro-Active At Attorney General's office in Defense of Public Equity and Administrative Justice</i> Ihuru Fonseca de Assunção.....	297
A Fuga para o Direito Privado e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923/DF <i>Trail for Private and the Direct Action of Unconstitutionality 1923/DF</i> João Gabriel Ribeiro Pereira Silva.....	315

## APRESENTAÇÃO

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, tem a satisfação de apresentar, na presente edição, os artigos apresentados pelos Advogados da União, como trabalho final do Curso de Formação 2013, em virtude de aprovação no concurso público promovido pela Advocacia-Geral da União no ano de 2012.

Os artigos versam sobre temas abordados no curso de formação ministrado para os novos membros da carreira e estão diretamente relacionados às atividades desenvolvidas no dia a dia de trabalho na AGU.

O objetivo da Escola da AGU ao estabelecer o requisito da apresentação de um trabalho final para o encerramento do Curso de Formação foi estabelecer uma forma de avaliação dos novos advogados a respeito do conteúdo apreendido em sala de aula, sendo certo que os melhores trabalhos, após avaliação e correção dos professores que participaram do referido curso, seriam publicados pela Escola da AGU.

Dessa forma, o leitor terá a oportunidade de conhecer os trabalhos desenvolvidos pelos novos Advogados da União nos mais variados temas e de ótima qualidade, além de conhecer, também, o trabalho da própria Escola da AGU na condução e organização dos cursos de formação.

A Escola da AGU parabeniza todos os advogados da União que tiveram seus artigos nessa obra publicados e convida, a todos os interessados pela boa leitura jurídica, a apreciarem essa produção intelectual.

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
Diretora da Escola da AGU





---

## A CAPILARIDADE DA CONSULTORIA JURIDICA DA UNIÃO COMO INSTRUMENTO DE ORIENTAÇÃO NA DIREÇÃO HORIZONTAL DA SUSTENTABILIDADE TROIKA NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

---

*THE CAPILLARITY OF THE JURIDICAL CONSULTATORY UNION AS A  
MEANS OF ORIENTATION IN HORIZONTAL DIRECTION OF TROIKA  
SUSTAINABILITY IN BIDDING PROCEDURES*

*Abraão Soares Dias dos Santos Gracco  
Advogado da União*

*Professor de Mestrado/ESDHC*

*Mestre e Doutor em Direito Constitucional/UFG*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os desafios da sustentabilidade ambiental da ótica administrativa estatal para a ótica administrativa dos afetados e a função do parecerista na indicação das normas de sustentabilidade ambiental; 2 O gestor público como fomentador de práticas ambientais sustentáveis nas licitações públicas; 3 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** As Consultorias Jurídicas da União, especialmente capilarizadas, possuem a função primordial de orientar o gestor público na escolha da única decisão correta, diante de aparente discricionariedade de situações concretas. Nesse sentido a alteração da Lei n. 8.666/93 (art. 3º, *caput*), pela Lei n. 12.349/2010, regulamentado pelo Decreto n. 7.746/2012, atribuiu-se um terceiro objetivo horizontalmente orientado nos procedimentos licitatórios: a sustentabilidade ambiental do desenvolvimento nacional, juntando-se aos pilares da isonomia entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa outrora existentes. A efetivação desse novo pilar perpassa pelos órgãos consultivos no direcionamento dos gestores para o fomentar boas práticas ambientais dos licitantes como um valor agregado a seu produto ou serviço. Assim, deixa de ser um indicativo e passa a exercer um caráter vinculativo para a Administração e para os administrados, diante dos novos padrões de produção e consumo, sobrepujados pelas crescentes demandas civilizacionais (Teoria Troika da Sustentabilidade) contrastadas pelos visíveis limites do Planeta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acoplamento Estrutural. Direito e Política. Compras Verdes. Consultoria Jurídica. Gestores Públicos. Pareceres. Sustentabilidade Troika.

**ABSTRACT:** The Union Juridical Consultancy spatially delivered have the primary function of guiding the local manager in choosing the only right decision, in the face of apparent discretion of concrete situations. In this sense the change in the Law n. 8.666/93 (art. 3, *caput*), by Law n. 12.349/2010, regulated by Act n. 7.746/2012, set itself the third goal oriented horizontally in the bidding procedures: gave up a third goal oriented horizontally in bidding procedures: environmental sustainability of national development, joining the equality among bidders and selecting the highest bidder pillars once located. The effectiveness of the new pillar permeates consultative advice to guide managers in promoting good environmental practices bidders as an added value to your product or service. Thus ceases to be indicative and shall have a binding character for the Administration and for management, in response to new patterns of production and consumption, overwhelmed by the increasing demands of civilization (Troika Sustainability Theory) contrasted the visible limits of the planet.

**KEYWORDS:** Structural Coupling. Law and Politic. Green Market. Juridical Consultancy. Public Managers. Juridical Opinion. Sustainability Troika.

## INTRODUÇÃO

Embora esteja praticamente esvaziada, seja pela implantação da modalidade Pregão (Lei Federal nº 10.520/2002), seja pelo surgimento do Regime Diferenciado de Contratações (Lei Federal nº 12.462/2011), a Lei Federal nº 8.666/1993, inseriu a sustentabilidade ambiental nas contratações públicas como um compromisso republicano de observação vinculada para todos os entes federados.

No contexto de um País de dimensões continentais, a Lei Geral das Licitações possui o caráter de lei nacional ou transitiva, de modo a endereçar a sustentabilidade ambiental nas contratações públicas como o novo pilar. a atuação de uma consultoria jurídica deve agora assumir uma nova postura. Trata-se de inserir em suas manifestações critérios objetivos de sustentabilidade como a aferição do ciclo de vida dos produtos (fabricação, utilização e descarte) no durante uma análise de um instrumento de edital de licitação.

Assim, no presente trabalho busca reforçar nos juristas envolvidos na consolidação do Estado Democrático de Direito ambiental, a força normativa desse novo pilar nas contratações públicas e a contribuição cotidiana desses na efetivação da Teoria Troika da Sustentabilidade. A metodologia de abordagem perpassa pela teoria do conflito, uma vez que concebe as relações sociais como uma arena de conflito permanente como no aparente paradoxo entre sustentabilidade e desenvolvimento. O marco teórico adotado sugere a sustentabilidade como o substituto funcional no século XXI, dos contrapontos aos excessos do modo de produção capitalista que não responderam adequadamente aos desafios do País em superar as mazelas do século passado, como o desemprego e as desigualdades sociais<sup>1</sup>.

### **1 OS DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL DA ÓTICA ADMINISTRATIVA ESTATAL PARA A ÓTICA ADMINISTRATIVA DOS AFETADOS E A FUNÇÃO DO PARECISTA NA INDICAÇÃO DAS NORMAS DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL**

O egoísmo utilitarista do Estado de Direito Liberal até o século XIX e o estatismo positivista do Estado de Direito Social no século XX<sup>2</sup> apontam para uma tensão permanente entre a autonomia privada e a autonomia pública no presente século. Com efeito, a superação dos excessos

1 VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

2 AMORIM, Filipo Bruno Silva. O positivismo jurídico em Kelsen e Bobbio no contexto do julgamento da ADPF 130. *Revista da AGU*. Brasília: EAGU, ano XI, n. 32, p. 321, abr./jun. 2012.

de cada um desses paradigmas, fundados na noção antropocêntrica radical da inescapabilidade dos recursos naturais, tem seu marco histórico nas Constituições do pós-guerra e seu marco teórico nas aquisições evolutivas do Estado de Direito Democrático no final do século XX<sup>3</sup>, entre os quais os direitos difusos, pretensões jurídicas atribuídas a sujeitos indeterminados por definição, desde que ligados por circunstâncias de fato (art. 81, § 1º, da Lei 8.078/90).

Nesse contexto, os princípios enunciados na Convenção de Estocolmo de 1972 rompem com o legado do referido antropocentrismo radical para um antropocentrismo mitigado. Entre outras características demonstra-se a preocupação com a resiliência (a manutenção da capacidade da Terra de produzir recursos renováveis) e a necessidade de se estabelecer um planejamento integrado para o desenvolvimento. Mesmo com uma participação pífia nesse encontro, o Brasil veio a apoiar a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), a editar a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) e sua tutela coletiva por meio da Lei n. 7.347/85<sup>4</sup>.

Com o advento do Relatório “Brundtland” em 1987, o movimento institucional de ruptura com a velha ordem jurídica elevou o tema ambiental ao nível de norma constitucional (art. 225, da Constituição da República de 1988). A nova ordem jurídica brasileira coincidiu com aspirações para além das limitações geopolíticas da Guerra Fria, de modo que na Convenção do Rio em 1992 tem-se o advento de documentos vinculativos como a Convenção-Quadro sobre o Clima e a Convenção-Quadro sobre a Biodiversidade, além de normas diretivas como a Agenda 21 e a Declaração do Rio<sup>5</sup>.

Não foi diferente na recente Conferência Rio+20, que apesar de um sentimento pessimista conjunturalmente justificável, reafirma o compromisso brasileiro com o fortalecimento de práticas que fomentam novos padrões de produção e de consumo, a começar pela organização

---

3 COSTA, Helena Dias Leão; CIRNE, Mariana Barbosa. A advocacia pública federal e a cidadania: a complementariedade entre o público e o privado no desenvolvimento do papel do Estado. *Publicações da Escola da AGU: Trabalhos vencedores do concurso de monografias da AGU em 2009-2010*. Brasília: EAGU, Ano IV, n. 15, fev. 2012. p. 176

4 SOARES, Ana Luíza Mendonça; REZENDE, Naiara Rodrigues. A Class Action norte-americana e o processo coletivo brasileiro. *Publicações da Escola da AGU: 1º curso de introdução ao direito americano*. Brasília: EAGU, ano III, n. 13, v. 2, nov./dez. 2011. p. 91.

5 SHIH, Frank Larrúbia. Direito Ambiental: A legislação em defesa dos recursos naturais. *Revista da AGU*. Brasília: EAGU, ano IV, n. 7, 2005. p. 50.

do próprio evento<sup>6</sup>. Desse modo, todos os procedimentos do poder público, em todas as esferas de poder, devem inserir a variável ambiental<sup>7</sup> na análise de risco, como formulou Mandeville a respeito dos “vícios privados e da virtude pública”<sup>8</sup>. Assim, pode-se avaliar previamente os efeitos dos atos administrativos de aquisições e sua repercussão no mercado da sustentabilidade e na política de mudanças climáticas (Lei 12.187/2009), monitorados “pegada ecológica” que:

[...] acompanha as demandas da humanidade sobre a biosfera por meio da comparação dos recursos naturais renováveis que as pessoas estão consumindo, considerando a capacidade regenerativa da Terra, ou sua biocapacidade: a área de terra efetivamente disponível para a produção dos recursos naturais renováveis e a absorção das emissões de CO<sub>2</sub>. [...] estamos vivendo uma situação de sobrecarga ecológica: está levando 1,5 ano para a Terra regenerar por completo os recursos renováveis que estão sendo consumidos pelos seres humanos em um ano. Em vez de extrair nosso sustento dos rendimentos, estamos devorando nosso capital natural.<sup>9</sup>

Ao passo que o Estado Democrático de Direito orienta para uma Administração sob a ótica do administrado (art. 37, *caput*, da CRFB), a noção de público não mais se esgota no conceito de estatal, sendo aquela muito mais ampla que o seu significado atribuído sob os auspícios do Estado de Direito Social. Tanto assim que a atual circularidade do conceito de afetado tem migrado as gramáticas de práticas sociais em direção ao biocentrismo, superando o então antropocentrismo mitigado da primeira onda da sustentabilidade no final do século XX.

Esse biocentrismo tem em Hans Jonas a proposta de uma nova ética (bom/ruim) sobre a questão do ser (humano e não humano), não mais numa relação sujeito-objeto, como na filosofia da consciência, mas

6 Ministério das Relações Exteriores. Cadernos de sustentabilidade da Rio+20: Diretrizes de sustentabilidade e guia de boas práticas da organização da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.

7 Princípio 17, da Declaração do Rio, demonstra a noção de que toda atividade humana gera impacto ao meio ambiente: “Deverá ser empreendida a avaliação de impacto ambiental, em termos de instrumento nacional, a despeito de qualquer atividade proposta que provavelmente produza impacto negativo considerável no meio ambiente e que esteja sujeita à decisão de uma autoridade nacional competente.” (SHIH, 2005, p. 51).

8 CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia da Letras, 1990. p. 19

9 Fundo Mundial para a Natureza (WWF). *Relatório Planeta Vivo 2012: A caminho da Rio + 20*. Disponível em <[http://www.wwf.org.br/natureza\\_brasileira/especiais/relatorio\\_planeta\\_vivo/](http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/especiais/relatorio_planeta_vivo/)>. Acesso em: 13 jul. 2013. p. 14.

numa relação sujeito-sujeito, na qual o ser humano se propõe a dialogar com outras formas de vida sem o sentido de apropriação:

[...] ele não é a eminência, ele nunca coincide consigo mesmo. O sujeito é absolutamente ‘exterioridade’, é ‘estrangeiro’ a si, pela deposição do eu na sua soberania e na abertura ao outro no despojamento de si. O eu, pois, é uma dádiva de si ao outro.<sup>10</sup>

Com efeito, a efetivação da sustentabilidade ambiental do desenvolvimento nacional, como um dos pilares do procedimento de contratações do poder público, exige o alargamento dessa noção de alteridade por meio da Teoria Troika da Sustentabilidade<sup>11</sup>. Mesmo em tempos de questionamentos a respeito do conceito de soberania<sup>12</sup> é notório que as demandas materiais do poder público em todos os

10 FONSECA, Flaviano Oliveira. Hans Jonas: Responsabilidade e o aprofundamento do futuro. *Publicações da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica*. Brasília: EAGU, ano IV, n. 17, abr. 2012. p. 176.

11 A Teoria Troika da Sustentabilidade considera que o enredo para o presente século XXI terá em seu cerne a premissa segundo a qual seus desdobramentos estarão intimamente ligados ao suprimento civilizacional de suas demandas de água, alimentos e energia (Fórmula 2AE). Desse modo “A ideia de sustentabilidade tem várias dimensões e supõe a habilidade de civilizações, sociedades e organizações para perdurar no tempo e evitar o colapso. Uma noção ampla de sustentabilidade abrange as dimensões ecológica e ambiental, demográfica, cultural, social, política e institucional: Sustentabilidade ecológica: refere-se à base do processo de conhecimento e tem como objetivo manter estoques de capital natural incorporados às atividades produtivas. Pela perspectiva integral e transdisciplinar das ecologias, abrange todas as facetas nas quais elas se ramificam. Sustentabilidade ambiental: refere-se à manutenção da capacidade de sustentação dos ecossistemas e de sua recomposição diante das interferências antrópicas. Sustentabilidade social: tem como objetivo a melhoria da qualidade de vida humana. Implica a adoção de políticas distributivas e a universalização do atendimento à saúde, à educação, à habitação, e à equidade social. Sustentabilidade política: refere-se ao processo de construção de cidadania e visa incorporar os indivíduos ao processo de desenvolvimento. Sustentabilidade econômica: implica uma gestão eficiente dos recursos e caracteriza-se pela regularidade de fluxos de investimento, avaliando a eficiência por processos macrosociais. Sustentabilidade demográfica: revela os limites da capacidade de suporte do território e de sua base de recursos, relacionando os cenários de crescimento econômico às taxas demográficas, à composição etária e à população economicamente ativa. Sustentabilidade cultural: relaciona-se com a capacidade de manter a diversidade de culturas, valores e práticas no planeta, no país ou em uma região. Sustentabilidade institucional: trata-se de fortalecer engenharias institucionais capazes de perdurar no tempo, adaptar-se e resistir a pressões. Sustentabilidade espacial: busca equidade nas relações inter-regionais. Além dessas, enfatizamos a sustentabilidade do abastecimento, que diz respeito à sustentabilidade alimentar, hídrica e energética. Sem o suprimento sustentável de água, alimentos e energia, não se sustentam pessoas, cidades, sociedades e civilizações.” RIBEIRO, Maurício Andrés. *Origens mineiras do desenvolvimento sustentável no Brasil: ideias e práticas*. In: PÁDUA, José Augusto (Org.). *Desenvolvimento, justiça e meio ambiente*. Belo Horizonte: UFMG; São Paulo: Peirópolis, 2009. p. 65-66.

12 SANTOS GRACCO, Abraão Soares Dias; SANTOS, Maria Angélica. A proteção da sociobiodiversidade em face do novo conceito de soberania e do princípio do consentimento. In: XV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2006, Manaus. *Anais do XV Congresso*

níveis da federação formam uma expectativa de mercado que necessita de inserção numa economia ecológica<sup>13</sup>, como forma de garantir os suprimentos civilizacionais de água, alimentos e energia atuais e no futuro, concretizando assim as premissas comportamentais do princípio da solidariedade intergeracional<sup>14</sup>.

Desse modo, as consultorias que atuam nos termos do art. 38, Parágrafo Único, da Lei n. 8666/93, estabelecendo que as “[...]” minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica “[...]” devem abandonar a exclusiva visão mecanicista de curto prazo (análises pontuais) e passar a atuar em cenários prospectivos de longo prazo. Ao contrário do que num primeiro momento parece ser pernicioso, a uniformização legal da “aprovação” por parte do advogado e do administrador reflete a perspectiva da cooperação para o alcance do pilar da sustentabilidade:

Ao utilizar a expressão ‘aprovadas’, o aludido preceito legal acaba por tratar, de maneira uniforme, as funções desempenhadas pelo advogado e pelo administrador na esfera pública, na medida em que a ambos é incumbida a responsabilidade pelos atos administrativos praticados. A este respeito, deve-se inicialmente salientar que, enquanto o papel do advogado é *consultivo*, a função do administrador

---

*Nacional do Conpedi Manaus*, 2006. Disponível em: <[www.abraao.com/artigos/administrador](http://www.abraao.com/artigos/administrador)>. Acesso em: 28 maio 2013.

13 José Eli da Veiga, utilizando-se do pensamento do economista romeno Georgescu-Roegen, faz o contraponto entre o imediatismo da “economia verde” para a perenidade da “economia ecológica”. Desse modo, “[...]Georgescu se debruçou sobre o fato de que os recursos naturais têm uma energia que se dissipa, à medida que são usados pela economia. No início da carreira, ele tinha o foco de estudo voltado para o consumo. Depois, percebeu que precisava se dedicar à questão da produção. E concluiu que, uma vez utilizados para a produção de algo, os recursos terão uma parte de energia que nunca mais será utilizada. É uma parte que se perde no processo. Mas os cálculos de produção na economia não levam isso em conta. Tomemos como exemplo as energias fósseis. Para Georgescu, o limite do crescimento se daria ao passo que a utilização delas reduziria a quantidade de energia inicial do processo. [...]Não sabemos quando vai acontecer, mas a perda gradual desses recursos naturais vai levar a um ponto máximo. Na Rio+20, discutem-se soluções mais imediatas. A transição de que se fala nessas salas de conferência é outra, que as Nações Unidas chamaram de Economia Verde. Já Georgescu foi um dos pais da Economia Ecológica, que defende uma outra transição, não apenas tecnológica. Ele acredita também que, em algum momento, haverá decréscimo. A economia, segundo ele, não poderá se manter apenas estável.” VEIGA, José Eli da. *Economia verde é imediatista*. Canal Ibase, 2012. Disponível em: <<http://gestaoassociadaesustentabilidade.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 13.jul.2013..

14 Princípio 3, da Declaração do Rio: “O direito ao desenvolvimento deve exercer-se de forma tal que responda equitativamente às necessidades de desenvolvimento e ambientais das gerações presentes e futuras.” (SHIH, 2005. p. 50).

é de natureza eminentemente executiva, cabendo-lhe a formulação e a implementação de políticas públicas<sup>15</sup>.

Nota-se que tal diretiva principiológica é de aplicação no Regime Geral de Concessões (Lei n. 8.987/1995), no Regime Especial de Concessões (Lei n. 11.079/2005) e no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, uma vez que, embora o art. 1º, § 3º, expressamente exclua a aplicação da Lei n. 8.666/1993, o art. 3º, *caput*, da mesma Lei 12.462/2011, determina a observância do pilar do desenvolvimento nacional sustentável, nos contratos necessários à realização da finalizada Copa das Confederações/2013, da Copa do Mundo/2014, Jogos Olímpicos e Paraolímpicos em 2016, incluindo as obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das capitais envolvidas (desde que distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais). Lembrando que esse Regime Diferenciado foi ampliado para as ações do Programa de Aceleração do Crescimento/PAC (Lei 12.688/2012) e para as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde/SUS (Lei 12.745/2012).

Por seu turno, ao considerar a atividade consultiva do Poder Executivo federal como uma das funções constitucionalmente atribuídas à Advocacia - Geral da União (art. 131, da CRFB), seu desempenho efetiva-se por meio da Consultoria-Geral da União, as Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, as Consultorias Jurídicas da União nos Estados, as Procuradorias Federais especializadas junto às Autarquias e Fundações, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Procuradoria-Geral do Banco Central<sup>16</sup>.

Em contraste com essa atual capilaridade territorial do consultivo da Advocacia-Geral da União, tem-se que no período anterior à

15 MACEDO, Tatiana Bandeira de Camargo. A responsabilidade dos membros da Advocacia-Geral da União por pareceres exarados em licitações e contratos administrativos. *Revista da AGU. Brasília: EAGU*, ano XI, n. 32, abr./jun. 2012. p. 290.

16 Conforme dispõe o art. 11, da Lei Complementar 73/93: "Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo; II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas; III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União; IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo; V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas: a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação."



unificação com o assessoramento jurídico pela Constituição da República de 1988, a instância máxima para o exercício da atividade consultiva era a Consultoria Geral da República<sup>17</sup> com uma ênfase notadamente hierárquica.

É de salientar que tradicionalmente entendia-se que os pareceres jurídicos possuíam caráter de ato administrativo meramente enunciativo. No entanto, com o advento da Lei n. 9.784/1999, passou-se a classificar os pareceres como facultativos, obrigatórios e vinculantes:

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

Essa distinção tem repercussão no âmbito da responsabilidade dos pareceristas<sup>18</sup>. Porém, mais do que responsabilidade reativa, a dinâmica

17 ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos Direitos Fundamentais. *Revista da AGU*. Brasília: EAGU, ano XI, n. 32, p. 7-51, abr./jun. 2012. p. 10.

18 "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público

social exige da Administração uma responsabilidade proativa, sendo as consultorias jurídicas o *habitat* natural de demonstração concreta de como efetivar as normas de sustentabilidade no imaginário social dos limites do Planeta.

No tocante especificamente à esfera jurídica da atuação consultiva da União nas licitações e contratos administrativos tem-se a obrigatoriedade normativa do parecerista indicar em suas manifestações a concretização das normas ambientais relacionadas ao expediente sob análise. Nesse sentido orienta o Enunciado/BPC n. 29 que:

A manifestação jurídica deve atender ao princípio da motivação. É importante que a Entidade/Órgão Assessorado conheça os pressupostos de fato e de direito que sustentam a matéria posta à análise jurídica e as controvérsias porventura existentes. Incumbe ao Advogado Público referi-las tal como se apresentam na doutrina e na jurisprudência para que a Entidade/Órgão Assessorado conheça as variações existentes, inclusive para, a partir das orientações da manifestação jurídica, ponderar os riscos e benefícios<sup>19</sup>.

Diante dessa premente necessidade, a Consultoria-Geral da União, em continuidade às atividades desenvolvidas pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 1.161, de 2010, do Advogado-Geral da União, formou em caráter permanente uma Comissão de Atualização, instituída pela Portaria nº 10, de 10 de agosto de 2012. Mais do que indicar modelos de pareceres<sup>20</sup>, a preocupação é o cotidiano dos pareceristas diante do mosaico de leis, decretos, instruções normativas que condensam expectativas de comportamento até então com alto grau de abstração, além de decisões do Tribunal de Contas da União e tribunais superiores sobre as matérias cada vez mais complexas, como a ambiental.

Longe de ser mais uma dimensão a ser colocada em um *checklist*, exige-se dos pareceristas o compromisso de demonstrarem para si mesmos<sup>21</sup> e para os gestores públicos que os atributos ambientais criam um círculo virtuoso de sustentabilidade perene. Mais, além da higidez

---

pele conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (STF, Pleno, MS. n. 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Dje: 1 fev. 2008).

19 BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Manual de boas práticas consultivas*. 2. ed. Brasília: AGU, 2012. p. 45.

20 Acessíveis por meio do endereço: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/Template>>. [Texto.aspx?idConteudo=244786&ordenacao=1&id\\_site=12542](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/Template/Texto.aspx?idConteudo=244786&ordenacao=1&id_site=12542)>. Acesso em: 19 jul. 2013.

21 Enunciado/BPC n. 22: "Os Órgãos Consultivos devem adotar medidas tendentes à construção de um meio ambiente sustentável, a partir do próprio exemplo, que deverá repercutir no trabalho desenvolvido." (BRASIL, 2012. p. 34).

do direito administrativo, a higidez das normas de sustentabilidade ambiental aplicadas às aquisições públicas reduzem a busca por novos recursos naturais e ampliam a qualidade de vida como um imaginário popular de valor igualmente republicano.

Desse modo, o aparente amálgama<sup>22</sup> deve traduzir em um esforço único da interdependência entre as esferas jurídica<sup>23</sup> e administrativa para o fomento de práticas de mercado ambientalmente sustentáveis e economicamente viáveis.

## 2 O GESTOR PÚBLICO COMO FOMENTADOR DE PRÁTICAS AMBIENTAIS SUSTENTÁVEIS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A implementação de políticas públicas por parte da esfera administrativa tem na figura do gestor um componente político necessitando de legitimar suas políticas de governo (curta duração) e políticas de Estado (longa duração), por meio da esfera jurídica. Configurando assim o denominado acoplamento estrutural entre o sistema do direito (lícito / ilícito) e o sistema da política (governo / oposição) da teoria da autopoiesis de Luhmann<sup>24</sup>.

Diante dos diversos compromissos legitimamente estabelecidos com o eleitorado, muitas vezes o componente discricionário das políticas públicas faz com que o gestor não apenas omita, mas muitas vezes, voluntariamente adie a implementação de metas de sustentabilidade que ele mesmo se responsabilizou coletivamente e gerou expectativas nos afetados.

É de asseverar que no âmbito consultivo a esfera jurídica pode legitimar a escolha política por meio do parecer que, aprovando a demanda, o parecerista faz inserir ressalvas<sup>25</sup> para o gestor público acrescentar, seja no edital, seja no contrato, das normas ambientais de sustentabilidade. Esse aspecto nas manifestações do consultivo tem no Enunciado n. 11/BPC a orientação horizontal segundo a qual a “[...] realização de licitações públicas sustentáveis constitui política pública relevante para a Administração,

<sup>22</sup> MACEDO, op. cit., p. 291.

<sup>23</sup> A separação funcional é reconhecida pelo Enunciado/BPC nº 7, da BPC: “O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência e oportunidade.” (BRASIL, 2012, p. 13).

<sup>24</sup> SANTOS GRACCO; GOMES, 1988, p. 12.

<sup>25</sup> Desde que o expediente encaminhado ao parecerista esteja minimamente instruído, orienta o Enunciado/BPC n. 32 que: “A segurança do Advogado Público pode recomendar a devolução do processo, sempre que faltarem elementos suficientes à manifestação jurídica. Contudo, os processos não devem ser devolvidos caso a providência não seja imprescindível à análise, sendo possível, nestes casos, a emissão de conclusões condicionadas ao saneamento de formalidades não prejudiciais à apreciação jurídica.” (BRASIL, 2012, p. 50).

o que compele os Órgãos Consultivos a fomentarem tais práticas com constante aprofundamento no tema.” (BRASIL, 2012, p. 21).

Nessa esteira, a Consultoria Jurídica da União em São Paulo, de forma pioneira, elaborou o Guia Prático de Licitações Sustentáveis, atualmente em sua 3ª edição, que incorpora esse novo paradigma proativo na atuação dos pareceristas comprometidos com uma nova visão de mundo. Observadas as cautelas de estilo, o trabalho indica que:

Ao elaborar qualquer procedimento licitatório, o órgão deve previamente verificar se o respectivo objeto possui correspondência nas tabelas que elencam, em ordem alfabética, os principais itens abrangidos pela legislação ambiental vigente. Caso a resposta seja positiva, cada tabela deste Guia Prático detalha informações relativas ao diploma normativo aplicável àquele objeto e suas principais determinações, bem como as providências a serem tomadas na elaboração das minutas de edital e contrato e eventuais precauções envolvidas. Na grande maioria dos casos, o cumprimento das normas ambientais exige uma ou mais dentre as seguintes providências:

a) exigência de determinadas especificações técnicas na descrição do objeto da licitação (o produto deve possuir características especiais, ou estar registrado junto ao órgão ambiental competente; os serviços devem ser executados de forma específica; etc.);

b) exigência de determinados requisitos de habilitação – sobretudo habilitação jurídica e qualificação técnica –, especialmente: registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão ambiental competente (art. 28, V, da Lei nº 8.666/93), registro ou inscrição na entidade profissional (art. 30, I), presença de membros da equipe técnica com dada formação profissional (art. 30, II, e parágrafos), atendimento a requisitos previstos em leis especiais (art. 30, IV), etc.;

c) imposição de obrigações à empresa contratada.<sup>26</sup>

Vale destacar a recente inserção no referido Guia da exigência no processo licitatório do cumprimento de normas relacionadas à Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/2010), principalmente no tocante à Logística Reversa:

---

<sup>26</sup> *Guia prático de licitações sustentáveis da Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo – AGU*. 3. ed. mar. 2013. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=138067&id\\_site=777&aberto=&fechado=](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=138067&id_site=777&aberto=&fechado=)>. p. 4. Acesso em: 20 jul. 2013.

Embora a legislação sobre logística reversa seja bastante rígida, o fato é que, na prática, a efetiva implantação de tais sistemas tem se dado de forma lenta e gradativa, dependendo da negociação entre o Poder Público e cada setor produtivo afetado. Assim, como primeira cautela, o órgão deve verificar se, para aquele produto ou embalagem, já existe regulamentação editada pelo Poder Público – seja na esfera federal, estadual ou municipal –, ou acordo setorial ou termo de compromisso celebrado pelo Poder Público com o setor produtivo. Se ainda não houver regulamentação ou acordo, é recomendável que o órgão consulte os fornecedores do ramo para conhecer suas práticas de destinação final dos produtos ou embalagens comercializados. Desta forma, poderá avaliar se há condições médias no mercado de exigir, como obrigação contratual, que a empresa contratada efetue o recolhimento e a destinação final ambientalmente adequada dos produtos ou embalagens por ela utilizados ou fornecidos. De todo modo, o pressuposto para a inserção de tal obrigação contratual, quando ainda não houver acordo setorial ou termo de compromisso, é assegurar que não represente fator de restrição à competitividade ou custo desarrazoável para o órgão contratante.<sup>27</sup>

Na dinâmica procedimental gestor-parecista-gestor o acoplamento estrutural no qual o direito empresta legitimidade à atuação política, incorpora-se de vez a vertente ambiental como uma política de implementação horizontal. Ou seja, as exigências ambientais não estão mais segregadas a um órgão ou entidade verticalizada, mas a todas as políticas públicas, ainda que o gestor público involuntariamente as ignore.

A demonstração no parecer jurídico de que as normas ambientais são cogentes para cada um dos atos administrativos de aquisição criam, no médio e longo prazo, a institucionalização de uma cultura de autoidentidade entre a Administração e os administrados.

Esse ciclo pode ser iniciado com uma nova postura dos pareceristas que, no controle interno da legalidade administrativa dos atos, demonstram ao gestor público a cogência vinculativa das normas ambientais que reclamam um novo padrão de produção por parte dos fornecedores<sup>28</sup> e de consumo por parte da própria Administração.

<sup>27</sup> *Guia prático de licitações sustentáveis da Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo – AGU*, op. cit., p. 61.

<sup>28</sup> Esse procedimento protege a própria Administração na rastreabilidade dos bens ambientais envolvidos nas aquisições públicas, além de não correr o risco de alimentar grupos criminosos eventualmente envolvidos

Por sua vez, o gestor público pode acatar as recomendações de adequação do edital ou contrato sem necessidade de fundamentação, adotando-se o parecer como fundamentação. Ao contrário, no uso de seus atributos discricionários que tornam o Poder Executivo distinto de todos os demais poderes (independentes – função típica- e harmônicos entre si – funções atípicas), poderá, por sua conta e risco, inclusive político diante de uma cidadania arisca manifestada recentemente nas ruas de todo o País, deixar de acatar o parecer, desde que fundamentadamente, conforme dispõe a Lei 9.784/1999:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Não se pode descurar que qualquer política pública que se preze possui uma governança mínima e, portanto, incide nela a variável ambiental. Um dos indicadores de governança em um programa refere-se ao estabelecimento de metas, dentre elas cabe ao gestor público entrelaçar as condicionantes de sustentabilidade ambiental para reduzir as mazelas do século XX, como o desemprego e as desigualdades sociais, não somente pelo viés da produção, mas também do consumo. Desse

---

na cadeia produtiva como da madeira que utiliza formas engenhosas para aquisição e mascaramento da origem ilegal da madeira. (Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2012).

modo estimula-se em escala exponencial um novo tipo de demanda cada vez mais comprometida com a resiliência:

[...] o nosso planeta e o nosso mundo estão vivendo hoje o melhor dos tempos e o pior dos tempos. o mundo vive uma prosperidade inédita, enquanto o planeta está sob uma pressão sem precedentes. A desigualdade entre os ricos e pobres do mundo está aumentando e mais de um bilhão de pessoas ainda vivem na pobreza. em muitos países, há ondas crescentes de protesto que refletem as aspirações universais por um mundo mais próspero, justo e sustentável. [...] Portanto, a visão de longo prazo do Painel de Alto Nível sobre Sustentabilidade Global é erradicar a pobreza, reduzir a desigualdade e fazer que o crescimento seja inclusivo e a produção e o consumo sejam mais sustentáveis, ao combater a mudança climática e respeitar diversos outros limites planetários [...]. [...] Os governos, outras instituições públicas, como universidades, e organizações internacionais devem desenvolver critérios de desenvolvimento sustentável para suas compras, visando que nos próximos dez anos as compras se tornem sustentáveis e eficazes em relação ao custo e devem emitir relatórios públicos anuais sobre seu progresso a partir de 2015.<sup>29</sup>

Esses critérios de desenvolvimento sustentável para compras governamentais devem incidir sobre o total das compras efetuadas pela União e demais entes federados, usando assim de seu poder de compra para a promoção do desenvolvimento sustentável para todas as áreas da administração municipal. Essas práticas já são recorrentes em vários países desenvolvidos, inclusive no âmbito municipal:

A cidade de Viena, na Áustria, gasta cerca de cinco bilhões de euros por ano em diferentes produtos e serviços. Aproveitando o poder de influência que tamanhos gastos têm sobre os fornecedores, a cidade resolveu adotar a política de compras “considerando a necessidade real de efetuar a compra, as circunstâncias em que tais produtos foram gerados, levando em conta os materiais e as condições de trabalho de quem os gerou, e uma avaliação de como os produtos se comportaram em sua vida útil e a sua disposição final”. Dessa maneira a Prefeitura de Viena estima que está reduzindo anualmente suas emissões de CO<sub>2</sub> em 30.000 toneladas. [...] Com experiência de implantação de sistema de gestão ambiental, compras

29 *Painel de Alto Nível do Secretário Geral das Nações Unidas sobre Sustentabilidade Global* (2012). Pessoas Resilientes, Planeta Resiliente: um Futuro Digno de Escolha. Nova York: Nações Unidas. 30. jan. 2012. p. 1-2, 18.

públicas sustentáveis e eficiência energética em edifícios públicos, o setor público de Barcelona é exemplo na inclusão de critérios socioambientais na tomada de decisão. Em 2001, a prefeitura iniciou o programa “Prefeitura mais sustentável”, que é uma expressão da vontade municipal em liderar com o exemplo, reduzindo o impacto das atividades municipais e incorporando aos contratos públicos especificações ambientais no marco da Agenda 21. Desde 2002, a prefeitura tem exigido que todos seus fornecedores incorporem boas práticas sociais e ambientais. Devido às especificações, pelo menos 5% dos alimentos de todas as creches públicas possuem certificado de agricultura orgânica, 100% do papel utilizado também possui certificação e a limpeza das fontes de água da cidade passou a ser feita com uma alternativa tecnológica que reduziu em 65% o consumo anual de água. Apesar da procura por estes produtos e serviços ainda não estar totalmente disseminada, graças ao uso público, a sensibilização e o apoio da sociedade para este comportamento tem aumentado cada vez mais.<sup>30</sup>

Guardadas as proporções territoriais, não é demais ressaltar que diante de uma hermenêutica comprometida com a força normativa da Constituição, não se pode mais adiar práticas ambientais normativamente vinculadas, cujos resultados criam um círculo virtuoso entre a sustentabilidade ambiental, a sustentabilidade econômica e a sustentabilidade política. Pior, a esfera jurídica não pode continuar a legitimar a postura da esfera política na qual está estruturalmente acoplada, que, ao explicar o divórcio entre os textos jurídicos (ideal) e as práticas no âmbito da sociedade (real), contrafactualmente, passa a justificar e a eternizar o seu descumprimento.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para além de ser mais que um item de aformoseamento da manifestação do parecista, a sustentabilidade ambiental do desenvolvimento nacional, como novo pilar nos procedimentos licitatórios, exige um comprometimento de virtude republicana dos consultores jurídicos com os novos padrões de produção e consumo.

Com efeito, essa atitude proativa do consultivo cria uma nova mentalidade não apenas na esfera jurídica, mas também na esfera política do gestor público num típico exercício da teoria luhmaniana

---

30 *Programa Cidades Sustentáveis. Metas de sustentabilidade para os municípios brasileiros: indicadores e referências.* São Paulo: Secretaria Executiva da Rede Nossa São Paulo. 2012. p. 27-28.



dos sistemas autopoieticos. Esses atuam cognitivamente abertos às complexidades das expectativas de comportamento relacionadas à sustentabilidade ambiental a serem exigidas nos instrumentos sob análise e operacionalmente fechados na relação entre a esfera jurídica e a esfera política. Isso faz distinguir funcionalmente a atividade jurídica do parecista da atividade política do gestor público quando este busca legitimar suas escolhas programáticas que preencham as expectativas de correção discursiva.

Além disso, a atuação proativa de índole normativamente vinculada à sustentabilidade ambiental na manifestação do parecista impulsiona o gestor público a fomentar um novo mercado de aquisições públicas que não avancem sobre os limitados recursos do planeta e nem mantenham atividades incrementadoras das mudanças climáticas ou mesmo atividades criminosas na cadeia de suprimento de determinados bens ambientais.

Assim, a nova posição constitucional da atividade consultiva vincula uma postura da esfera jurídica em grau de cooperação com a esfera política muito maior que a mera verificação de regularidade formal de uma suposta vontade estatal. Os desafios do novo século migraram a atuação de ambos para uma vontade pública permeada pelo crivo de uma cidadania até então amorfa. Desse modo, a implementação horizontal da sustentabilidade ambiental como um imperativo categórico do desenvolvimento nacional tem no poder público um dos atores centrais na manutenção da resiliência do Planeta, na criação um novo mercado economicamente viável e na ampliação da justiça social a uma crescente faixa de afetados.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos Direitos Fundamentais. *Revista da AGU*. Brasília: EAGU, ano XI, n. 32, p. 7-51, abr./jun. 2012.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. O positivismo jurídico em Kelsen e Bobbio no contexto do julgamento da ADPF 130. *Revista da AGU*. Brasília: EAGU, Ano XI, n. 32, abr./jun. 2012.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Manual de boas práticas consultivas*. 2. ed. Brasília: AGU, 2012.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia da Letras, 1990.

Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento: de acordo com a Resolução nº 44/228 da Assembleia Geral da ONU, de 22.12.89, estabelece uma abordagem equilibrada e integrada de questões relativas ao meio ambiente e desenvolvimento: *A Agenda 21* – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1995.

COSTA, Helena Dias Leão; CIRNE, Mariana Barbosa. A advocacia pública federal e a cidadania: a complementariedade entre o público e o privado no desenvolvimento do papel do Estado. *Publicações da Escola da AGU: Trabalhos vencedores do concurso de monografias da AGU em 2009-2010*. Brasília: EAGU, Ano IV, n. 15, fev. 2012.

FONSECA, Flaviano Oliveira. Hans Jonas: Responsabilidade e o aprofundamento do futuro. *Publicações da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica*. Brasília: EAGU, ano IV, n. 17, abr. 2012.

Fundo Mundial para a Natureza (WWF). *Relatório Planeta Vivo 2012: A caminho da Rio + 20*. Disponível em <[http://www.wwf.org.br/natureza\\_brasileira/especiais/relatorio\\_planeta\\_vivo/](http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/especiais/relatorio_planeta_vivo/)>. Acesso em: 13 jul. 2013.

GIDDENS, Antony. *A política da mudança climática*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

MACEDO, Tatiana Bandeira de Camargo. A responsabilidade dos membros da Advocacia-Geral da União por pareceres exarados em licitações e contratos administrativos. *Revista da AGU*. Brasília: EAGU, Ano XI, n. 32, abr./jun. 2012.

Ministério das Relações Exteriores. *Cadernos de sustentabilidade da Rio+20: Diretrizes de sustentabilidade e guia de boas práticas da organização da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.

Painel de Alto Nível do Secretário Geral das Nações Unidas sobre Sustentabilidade Global (2012). *Pessoas Resilientes, Planeta Resiliente: um Futuro Digno de Escolha*. Nova York: Nações Unidas. 30. jan. 2012.

Programa Cidades Sustentáveis. *Metas de sustentabilidade para os municípios brasileiros*: indicadores e referências. São Paulo: Secretaria Executiva da Rede Nossa São Paulo. 2012.

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Carbono limpio, negocio sucio*: tala ilegal, blanqueo y fraude fiscal em los bosques tropicales del mundo. Noruega: Birkeland Trykkeri AS. 20012.

RIBEIRO, Maurício Andrés. Origens mineiras do desenvolvimento sustentável no Brasil: ideias e práticas. In: PÁDUA, José Augusto (Org.). *Desenvolvimento, justiça e meio ambiente*. Belo Horizonte: UFMG; São Paulo: Peirópolis, 2009.

SANTOS GRACCO, Abraão Soares Dias; GOMES, Fernando Alves. *Direito Constitucional*. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS GRACCO, Abraão Soares Dias. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Direito Ambiental: A identidade constitucional para além da tutela do Ministério Público e do axiologismo do Judiciário. In: SILVA, Bruno; MOURÃO, Henrique A.; MORAES, Marcus Vinicius Ferreira de; WERNECK, Mário; OLIVEIRA, Walder Soares. *Direito Ambiental: Visto por nós Advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS GRACCO, Abraão Soares Dias; SANTOS, Maria Angélica. A proteção da sociobiodiversidade em face do novo conceito de soberania e do princípio do consentimento. In: *XV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*, 2006, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi Manaus, 2006. Disponível em: <[www.abraao.com/artigos/administrador](http://www.abraao.com/artigos/administrador)>. Acesso em: 28 maio 2013.

SHIH, Frank Larrúbia. Direito Ambiental: A legislação em defesa dos recursos naturais. *Revista da AGU*. Brasília: EAGU, ano IV, n. 7, 2005.

SOARES, Ana Luíza Mendonça; REZENDE, Naiara Rodrigues. A Class Action norte-americana e o processo coletivo brasileiro. *Publicações da Escola da AGU*: 1º curso de introdução ao direito americano. Brasília: EAGU, ano III, n. 13, v. 2, nov./dez.2011.

\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

VEIGA, José Eli da. *Economia verde é imediatista*. Canal Ibase, 2012. Disponível em: <<http://gestaoassociadaesustentabilidade.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 13.jul. 2013.



---

# TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA UNIÃO POR DÍVIDAS TRABALHISTAS

*OUTSOURCING IN THE PUBLIC SERVICE: SUBSIDIARY  
RESPONSIBILITY OF UNION FOR LABOR DEBTS*

---

*Artur Barbosa da Silveira*

*Advogado da União da Procuradoria Regional da União da 1ª Região  
Especialista em Direito Público pela Faculdade Projeção/Brasília  
Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Terceirização, 1.1 Histórico; 1.2 Conceito; 1.3 Terceirização lícita e ilícita; 1.4 Efeitos jurídicos; 2 Terceirização no âmbito da Administração Pública; 3 A responsabilidade subsidiária da União por dívidas trabalhistas; 4 Conclusão; Referências; Anexo.

**RESUMO:** A relação tripolar entre o trabalhador, o tomador e o prestador de serviços surgiu da necessidade de modernização do trabalho, que tornou necessário um maior dinamismo envolvendo tais atores.

O aumento do número de empresas terceirizadas gerou questionamentos, pois, para muitos, a terceirização é forma de burlar as normas trabalhistas, beneficiando indevidamente o tomador de serviços. Para outros, a terceirização é válida, pois a desoneração parcial dos encargos trabalhistas pelo tomador viabiliza a contratação de um maior número de trabalhadores, criando mais emprego e renda à população.

As terceirizações da atividade-fim e da atividade-meio da empresa podem se confundir, criando situações nas quais a impessoalidade e a não subordinação são desfeitas, havendo verdadeiro vínculo empregatício entre a empresa tomadora e o empregado.

A Constituição Federal de 1988 prevê a obrigatoriedade do provimento de cargos públicos por meio de concurso público, o que impede o reconhecimento do vínculo empregatício entre o empregado e o órgão público tomador do serviço.

O STF afirmou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, assentado que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas em decorrência de contrato de terceirização depende da existência de uma específica e concreta atuação culposa do Poder Público na fiscalização do contrato administrativo.

Há entendimentos na Justiça do Trabalho no sentido de que o simples inadimplemento da empresa prestadora é suscetível responsabilizar a Administração Pública, mas o TST, em diversos acórdãos, tem afastado a responsabilidade subsidiária da União pelos débitos trabalhistas decorrentes de terceirização.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceirização. Serviço Público. Responsabilidade. Subsidiária. União.

**ABSTRACT:** The relationship between the worker, the policyholder and the provider of the services arose from the need of modernization of work, which made it necessary greater dynamism involving such actors. The increased number of outsourced companies spawned questionings therefore for many, outsourcing is form of circumvent labor standards, wrongly benefiting the taker services. For others, outsourcing is valid, because the unburdening partial of labor charges by the taker enables hiring a largest number of workers, creating more employment and income to the population. The outsourcings of end-activity and activity-middle of company can if confuse, creating situations in which the

impersonality and not subordination are undone, having true employment bond between the borrowing firm and the employee. The Constitution Federal 1988 foresees the mandatory appointment to offices public by tender public, which prevents the recognition of an employment between employee and public agency policyholder's service. STF affirmed the constitutionality of article 71, § 1º, of Law nº 8.666/93, seated that the responsibility subsidiary of Public Administration by labor amounts due in consequence of a contract outsourcing depends of existence of a specific and concrete actuation culpable of the Public Power in Surveillance of administrative contract.

There are understandings in the Justice Labor in sense that the mere default of the company providing is susceptible blame the Public Administration, but the TST, in several judgments, has away the responsibility subsidiary of Union by labor debts arising outsourcing.

**KEYWORDS:** Outsourcing. Public Service. Responsibility. Subsidiary. Union.

## INTRODUÇÃO

A finalidade do presente artigo é enfrentar, de forma sucinta, o instituto da terceirização no serviço público, bem como os seus desdobramentos, mais especificamente no que tange à possibilidade ou não de responsabilização da União no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços.

O grande número de reclamações trabalhistas envolvendo contratos de terceirização, com inclusão da União no polo passivo da demanda na condição de segunda reclamada, torna a questão de interesse público, evidenciando a necessidade da pacificação da jurisprudência acerca do tema.

## 1 TERCEIRIZAÇÃO

### 1.1 HISTÓRICO

A doutrina de Martins<sup>1</sup> cita que o fenômeno da terceirização surgiu mundialmente a partir do início do século XX, consolidando-se no decorrer da Segunda Grande Guerra Mundial, em razão da conhecida “indústria das armas”, na qual os países aliados passaram a atuar em conjunto, fragmentando a linha de produção e especializando-se no produto principal, repassando a terceiros as atividades acessórias.

1 MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2009.

No Brasil, a terceirização foi concebida a partir da metade do século XX, por meio do ingresso no mercado das empresas multinacionais, que se concentraram na produção do seu objeto principal e delegaram a terceiros as atividades acessórias, como limpeza e conservação.

Em razão dessa nova forma de produção, foi necessário um sistema normativo específico, podendo ser citados o DL 200/67 e a Lei ns. 5645/70 (que tratam dessa nova relação de trabalho no âmbito do serviço público), além das Leis ns. 6019/74 (que cuida do serviço temporário) e 7102/83 (que regula o serviço de vigilância bancária realizado por empresas terceirizadas), dentre outras.

## 1.2 CONCEITO

Ainda segundo Martins<sup>2</sup>, a terceirização consiste na contratação de terceiro para realizar uma atividade que não corresponda ao objeto principal da empresa, fornecendo o suporte necessário para que o empresário concentre forças para a realização da sua atividade-fim.

Já para Delgado<sup>3</sup>, a terceirização é o fenômeno pelo qual se cria um vínculo jus trabalhista com triangularização dos envolvidos, quais sejam, o trabalhador, o tomador de serviços e a entidade interveniente.

## 1.3 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

Como dito acima, terceirizar licitamente consiste em transferir a terceiros as atividades que não constituam o objeto principal da empresa, ou seja, as atividades-meio, que, segundo a doutrina, são aquelas que ficam à parte do processo principal da empresa, pois não conseguem interagir corretamente com a dinâmica empresarial e devem atender a uma estrutura paralela que não crie dificuldades quando ocorrer mudança em sua estrutura ou composição.

Em geral, a terceirização lícita se manifesta por meio de serviços, tais como limpeza e vigilância, que, nos termos da Lei n. 7.102/1983, combinada com a Súmula 331, item III, do TST, não criam vínculo direto com o empregador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta, necessários à configuração do vínculo empregatício. Outro exemplo de terceirização lícita está presente no contrato temporário (Lei n. 6.019/74), quando da necessidade de substituir pessoal regular permanente e que resulte em acréscimo de serviços.

<sup>2</sup> MARTINS, op. cit.

<sup>3</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR. 2009.



Já a terceirização ilícita consiste no repasse, direto ou indireto, a terceiros, de atividades que constituam o fim da empresa.

Delgado<sup>4</sup> define a atividade-fim como o conjunto de funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico.

#### 1.4 EFEITOS JURÍDICOS

Como efeitos jurídicos da terceirização, o Enunciado n. 331 da Súmula/TST prevê no item I uma sanção para o caso de terceirização ilícita, prescrevendo que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74).

Já os itens IV e VI da mesma Súmula, que pressupõem a licitude da terceirização, preveem que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial, sendo que tal responsabilidade abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

#### 2 TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pode-se dizer que o surgimento da terceirização na Administração Pública teve suas primeiras linhas traçadas no Decreto n. 200/67, que, embora não se utilize expressamente do termo “terceirização”, prevê a transferência a terceiros da realização material de tarefas executivas, *in verbis*:

Decreto-Lei n° 200/67:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7°. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir

<sup>4</sup> DELGADO, op. cit.

o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

A partir da década de 1980, a Administração Pública brasileira iniciou um longo processo de reforma, com vistas a reduzir o seu aparato administrativo e torná-lo mais eficiente e econômico, surgindo daí o fenômeno das privatizações, que, segundo Di Pietro<sup>5</sup>, compreendem, entre outros, a quebra de monopólios de atividades estatais, a delegação de serviços públicos a particulares e a terceirização das atividades acessórias da Administração.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o art. 37, XXI autorizou a terceirização, ao prever que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Tal dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Prosseguindo, o Decreto federal nº 2271/1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pelos órgãos públicos, estabelece que, 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, tais como limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

O parágrafo 1º do art. 18 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade fiscal), admitiu a terceirização no serviço público, entendendo que os valores dos contratos de terceirização que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão registrados como “outras despesas de pessoal”.

Posteriormente, nos anos de 2008 e 2009, foram editadas a Instruções Normativas nsº 2, 3, 4 e 5, pela Secretaria de Logística e

---

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com o objetivo de suprir a ausência de legislação específica sobre planejamento e acompanhamento das contratações de serviços de terceiros pela Administração Pública, constatadas principalmente em decisões da lavra do Tribunal de Contas da União.

A par do aparato legislativo acima mencionado, é de se concluir que a Administração Pública somente pode terceirizar se houver previsão em lei, além de ter que observar os princípios da eficiência e da economicidade, sob pena de ilegalidade e responsabilização do agente que praticou o ato.

Desse modo, podemos elencar, dentre outras, algumas formas de terceirização permitidas pela Administração Pública, tais como:

- a) Arts. 1º e 2º da Lei n. 8.745/93: contratação temporária deservidores para atender à necessidade temporária e excepcional interesse público, especialmente, nos casos de calamidade pública, combate a surtos endêmicos, recenseamentos, admissão de professores substitutos ou visitantes, atividades especiais nas organizações das forças armadas para atender à área industrial ou encargos temporários e serviços de engenharia;
- b) Lei n. 8.987/95: concessão e permissão de serviços públicos; e
- c) Arts. 199, § 1º, e 209 da Constituição Federal de 1988: execução de serviços de ensino e saúde pela iniciativa privada, como forma complementar à pública.

Quanto à possibilidade do surgimento de vínculo empregatício com a Administração Pública decorrente de terceirização, a Súmula n. 331/TST, item II, é categorica ao afirmar que “*a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)*”, estendendo-se tal proibição às autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme MS 21322-1/DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

No ponto, ressalte-se que o princípio da primazia da realidade, emergente das leis e princípios do Direito do Trabalho, não pode se sobrepor à norma constitucional, que prevê a obrigatoriedade do concurso público. A ausência de formação de vínculo trabalhista com o Poder Público não afasta, todavia, a responsabilização dos administradores

pelos respectivos atos de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição, e da lei nº 8.429/92.

### **3 A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA UNIÃO POR DÍVIDAS TRABALHISTAS**

Nos termos do art. 71, e 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 (lei de licitações e contratos administrativos), com redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995, o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato, e eventual inadimplência do contratado àqueles encargos não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Por sua vez, na sessão do dia 24/11/2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666 de 1993. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal, em face da antiga redação do Enunciado 331, item IV, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, contrariando o disposto no parágrafo 1º do mencionado artigo 71, responsabilizava subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

No acórdão do referido julgamento, ficou assentado que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas em decorrência de contrato de terceirização depende da existência de uma específica e concreta atuação culposa do Poder Público na fiscalização do contrato administrativo, tendo sido afastada a aplicação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal ao caso.

A propósito, é importante transcrever a matéria noticiada no Informativo/STF nº 610:

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 3

Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do

contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”) — v. Informativo 519. Preliminarmente, conheceu-se da ação por se reputar devidamente demonstrado o requisito de existência de controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade, ou não, do citado dispositivo, razão pela qual seria necessário o pronunciamento do Supremo acerca do assunto. A Min. Cármen Lúcia, em seu voto, salientou que, em princípio, na petição inicial, as referências aos julgados poderiam até ter sido feitas de forma muito breve, precária. Entretanto, considerou que o Enunciado 331 do TST ensejara não apenas nos Tribunais Regionais do Trabalho, mas também no Supremo, enorme controvérsia exatamente tendo-se como base a eventual inconstitucionalidade do referido preceito. Registrou que os Tribunais Regionais do Trabalho, com o advento daquele verbete, passaram a considerar que haveria a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Referiu-se, também, a diversas reclamações ajuizadas no STF, e disse, que apesar de elas tratarem desse Enunciado, o ponto nuclear seria a questão da constitucionalidade dessa norma. O Min. Cezar Peluso superou a preliminar, ressaltando seu ponto de vista quanto ao não conhecimento.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 4

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle

ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 5

Por sua vez, a Min. Cármen Lúcia consignou que o art. 37, § 6º, da CF trataria de responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando o dispositivo à espécie. Explicou que uma coisa seria a responsabilidade contratual da Administração Pública e outra, a extracontratual ou patrimonial. Aduziu que o Estado responderia por atos lícitos, aqueles do contrato, ou por ilícitos, os danos praticados. Vencido, parcialmente, o Min. Ayres Britto, que dava pela inconstitucionalidade apenas no que respeita à terceirização de mão-de-obra. Ressaltava que a Constituição teria esgotado as formas de recrutamento de mão-de-obra permanente para a Administração Pública (concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), não tendo falado em terceirização. Salientou que esta significaria um recrutamento de mão-de-obra que serviria ao tomador do serviço, Administração Pública, e não à empresa contratada, terceirizada. Assentava que, em

virtude de se aceitar a validade jurídica da terceirização, dever-se-ia, pelo menos, admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do serviço, ou seja, da mão-de-obra recrutada por interposta pessoa.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16).

Ainda de acordo com os Ministros do Supremo, o julgamento acima não constituiu impedimento ao TST de reconhecer a responsabilidade do ente público, com base nos fatos de cada causa, pois o STF não pode impedir os Tribunais trabalhistas, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público.

A partir do julgamento acima, o colendo Tribunal Superior do Trabalho promoveu alterações na Súmula n. 331, acrescentando o item V, conforme citamos abaixo:

[...] V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

A despeito da alteração sumular, não são raros os casos em que a Justiça do Trabalho, especialmente a primeira e a segunda instância, condenam a União subsidiariamente, em razão, única e exclusivamente, do inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela empresa terceirizada, ou seja, a condenação do ente público seria pautada na responsabilidade objetiva, o que não pode se admitir.

Todavia, o TST, em acórdãos recentes, acertadamente tem afastado a responsabilidade subsidiária da União, por não decorrer de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, devendo estar evidenciada pelas instâncias ordinárias a conduta culposa do ente público no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Nesse sentido, citamos os seguintes precedentes jurisprudenciais daquele Tribunal Superior:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 8.666/93. CONDUTA CULPOSA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 8.666/93. CONDUTA CULPOSA. O Tribunal Superior do Trabalho inseriu o item V no texto da Súmula 331 para ajustar-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da ADC 16 (DJE de 6/12/2010), restando evidenciada a necessidade de efetiva prova da conduta culposa da Administração Pública (tomadora dos serviços) pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas a cargo da empresa prestadora dos serviços. Situação fática cuja prova material não se revela neste feito. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (PROCESSO Nº TST-RR-835-08.2010.5.10.0010, 5ª Turma).

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, V, DO TST. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI 8.666/93 EXPLICITADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. Em observância ao entendimento fixado pelo STF na ADC nº 16-DF, passou a prevalecer a tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando explicitada no acórdão regional a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. No caso concreto, o TRT a quo manteve a condenação subsidiária por mera inadimplência da empresa terceirizada quanto às verbas trabalhistas e previdenciárias devidas ao trabalhador terceirizado, tese superada pela jurisprudência atual do STF. Portanto, dá-se efetividade ao entendimento da Corte Suprema, afastando-se a responsabilidade subsidiária da entidade tomadora



de serviços, tendo em vista que a Instância Ordinária menciona fundamentos não acolhidos pela decisão do STF na ADC nº 16-DF (responsabilidade objetiva), bem como não afirma categoricamente que houve culpa in vigilando da entidade estatal, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços terceirizados. Recurso de revista conhecido e provido (PROCESSO Nº TST-RR-778-81.2010.5.10.0012, 3ª Turma).

RECURSO DE REVISTA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST. O acórdão regional está em harmonia com o entendimento da Súmula nº 331, item V, do TST, porque a responsabilização subsidiária da União decorreu do reconhecimento de conduta culposa na fiscalização do cumprimento do contrato. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ATRASO NO PAGAMENTO DE VERBAS RESCISÓRIAS. A jurisprudência desta Corte firma-se no sentido de que o mero atraso no pagamento de salários, sem demonstração inequívoca de prejuízos, não evidencia dano moral (Precedentes). Do v. acórdão regional não se extrai a demonstração, de forma cabal, de prejuízos sofridos ou de violação a direitos personalíssimos ou ainda de constrangimento pessoal. A condenação decorreu de presunção. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido” (PROCESSO TST-RR-380100-66.2009.5.12.0009, 8ª Turma).

Assim, em respeito à decisão com efeitos vinculantes, proferida pelo Supremo Tribunal Federal e conforme os precedentes do TST acima referidos, a União deve ser isentada de qualquer responsabilidade quanto ao inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora, se não resultar provada, no caso concreto, a *culpa in vigilando* do referido ente público, não bastando mera presunção, cabendo ao reclamante comprovar a falta de fiscalização contratual e à Justiça do Trabalho verificar, caso a caso, se houve atitude negligente da Administração Pública.

#### 4 CONCLUSÃO

Terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiros para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa, podendo envolver a produção de bens, mas, principalmente, a prestação de serviços, como os de limpeza e vigilância.

A terceirização dos serviços públicos no Brasil foi impulsionada por meio das reformas neoliberais ao antigo aparelho do Estado, como veículo de racionalização dos recursos públicos, com vistas à eficiência e economicidade.

Nesse sentido, observa-se que o uso da terceirização revela-se, em muitas, hipóteses, uma importante ferramenta que possibilita que o Poder Público centre-se em suas atividades finalísticas, o que, em tese, poderia melhorar a qualidade dos serviços prestados à população, reduzir os gastos estatais e incentivar o desenvolvimento da iniciativa privada em relação às funções terceirizadas.

O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16, foi um marco para a questão da responsabilização subsidiária da União decorrente de contratos de terceirização.

A partir do referido julgamento, passou-se a entender que tal responsabilização não decorre pura e simplesmente do inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, sendo necessária a comprovação concreta da omissão da Administração Pública na fiscalização do contrato de terceirização, que teve origem na licitação, sendo inadmissível, ainda, a inversão do ônus da prova em desfavor do ente público.

Desse modo, não se olvida que a Administração Pública pode vir a ser responsabilizada, mas somente quando tiver culpa pelos danos causados aos trabalhadores, por meio de conduta omissiva na fiscalização do contrato (culpa *in vigilando*), que inclui o acompanhamento do pagamento das obrigações trabalhistas, sendo ressalvado o direito do órgão público de acionar a empresa prestadora de serviços para se ressarcir dos prejuízos por ele suportados.

## REFERÊNCIAS

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2009.

ANEXO

SÚMULA Nº 331, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (NOVA REDAÇÃO DO ITEM IV E INSERIDOS OS ITENS V E VI À REDAÇÃO) - RES. 174/2011, DEJT DIVULGADO EM 27, 30 E 31.05.2011.**

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.



---

# A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE DE SUA LEGITIMIDADE

*THE ROLE OF THE JUDICIARY IN IMPLEMENTING PUBLIC POLICY:  
ANALYSIS OF ITS LEGITIMACY*

---

*Bráulio Lisboa Lopes  
Advogado da União  
Mestre em Direito*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Políticas Públicas e a (in) eficiência do Estado; 2 Limites da atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em sede de políticas públicas, fato que se observa no atual contexto político-social, marcado pela omissão do Poder Legislativo e Executivo em instituir e regulamentar determinadas políticas públicas que objetivam assegurar direitos fundamentais outorgados pela Constituição Federal. Busca-se, em um primeiro momento, analisar o contexto histórico do surgimento desta intervenção para, após, perquirir acerca de sua legitimidade, na tentativa de delinear um modelo que equacione os conflitos e tensões que advém da judicialização das políticas públicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas Públicas. Omissão Legislativa. Intervenção Judicial. Estado Democrático de Direito. Mínimo Existencial. Direitos Fundamentais. Legitimidade da Atuação do Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the legitimacy of judiciary intervention on public policy, a fact observed in the current political and social context, marked by the failure of the Legislature and Executive to institute and regulate certain public policies that aim ensure basic rights granted by the Constitution. First we analyze the historical context of the emergence of this intervention, and after, discourse about its legitimacy, in an attempt to outline a model which tries to solve the conflicts and tensions that come from judiciary intervention on public policy.

**KEYWORDS:** Public Policies. Legislative Omission. Judicial Intervention. Democratic State. Existential Minimum. Basic Rights. Legitimacy of Judicial Power.

## INTRODUÇÃO

O fim da Segunda Guerra Mundial foi o marco histórico para a remodelação do Estado em busca da consolidação e plena efetivação de novas conquistas relacionadas aos direitos humanos e da tentativa de superação das deficiências das experiências até então presenciadas. Ressalta-se a importância do Estado na implantação e efetivação das políticas públicas, a fim de garantir as referidas conquistas, tendo sido os direitos sociais alçados à categoria jurídica de postulados da justiça social, exigindo uma prestação positiva<sup>1</sup> do poder estatal a fim de assegurar a sua implementação. Ressalta-se que nesta nova faceta de desenvolvimento da ciência jurídica e política, o papel do Poder Judiciário é reforçado com a ampliação de suas competências, em especial no campo da invalidação de atos legislativos e de uma nova leitura das normas jurídicas à luz do texto constitucional.

Esta nova leitura das normas jurídicas impõe ao Poder Judiciário uma dimensão criativa da interpretação e aplicação do Direito, realçando o caráter moral e político das escolhas efetuadas pelos juízes no exercício de seu mister. Verifica-se que as decisões judiciais inevitavelmente estão sujeitas à influência de fatores extrajurídicos relacionados ao magistrado, como a sua pré-compreensão sobre determinado assunto, ideologias, bem como sobre aspectos políticos e sociais que envolvem os mais diversos temas submetidos à sua apreciação.

É nesse contexto que a hermenêutica jurídica surge com a finalidade de reduzir as incertezas de tamanha gama de aspectos jurídicos (e extrajurídicos) que envolvem os mais variados casos, contribuindo para reduzir as incertezas que pairam sobre a interpretação do direito e fornecendo elementos necessários para a solução dos casos difíceis.<sup>2</sup> A interpretação da norma jurídica, nesse contexto, deverá valer-se de uma abordagem pós-positivista do direito, na qual “a normatividade dos princípios e a centralidade da argumentação jurídica alteram a relação entre as esferas do direito e da moral, que passam a ser pensadas de forma

---

1 Segundo Daniel Sarmiento o Estado não tem apenas o dever de se abster da prática de atos atentatórios à dignidade humana, mas também o dever de promover esta dignidade através de condutas ativas. In: SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

2 Segundo César Rodríguez, autor colombiano, em sua obra *La decisión judicial*, um caso é difícil quando: os fatos e normas relevantes permitem mais de uma solução (antinomia); dois ou mais princípios colidem; não existe nenhuma norma aplicável (anomia - lacuna), ou mesmo que exista a norma, e seja clara, seja injusta; e, finalmente, um caso é difícil quando mesmo que exista um precedente judicial, considere-se necessário modificar. RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial*, de H. Hart y Ronald Dworkin. Santa-Fé de Bogotá. Colômbia, 1997.

articulada.<sup>3</sup> Paralelamente, o pensamento jurídico deve ser desenvolvido no sentido de se implementar um Estado Constitucional Democrático, colocando a garantia dos direitos fundamentais em primeiro plano, afastando-se da ideologia constitucional que predominava nos séculos XVII à XIX, na qual o objetivo primordial era tão somente a limitação dos poderes do Estado.

## 1 POLÍTICAS PÚBLICAS E A (IN)EFICIÊNCIA DO ESTADO

Ao se falar em políticas públicas necessariamente fazemos remissão ao Estado presencial e prestacional. A noção de política pública revela uma noção de auto-sujeição em que o Estado, por vontade própria (emanada do próprio estado legislador), é alçado à condição de garantidor de certas atividades materiais de cunho prestacional (geralmente serviços públicos) que são elaboradas através de planos de governo pautados na lei, mediante uma escolha discricionária do administrador público (no que tange a forma de atuação) que deve ser realizada observando-se o caráter universal e seletivo das políticas públicas disponibilizadas à coletividade.

A escolha das prioridades deve ser fruto de uma escolha racional efetuada pelo administrador público, sempre pautado pelo interesse público. Não obstante, a implementação das políticas públicas impõe a utilização de certa margem de discricionariedade e hierarquização dos objetivos a serem alcançados. É fruto, pois, de um processo político de escolha de prioridades a serem implementadas a partir de um conjunto de ações dos governantes e da sociedade civil, em verdadeira simbiose.

Sob a ótica neo-institucionalista<sup>4</sup> as possibilidades da escolha estratégica são determinadas de forma decisiva pelas estruturas político-

3 NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Método, 2012. p. 199.

4 "É mister lembrar que instituições servem não apenas para a satisfação de necessidades humanas e para a estruturação de interações sociais, mas ao mesmo tempo determinam posições de poder, eliminam possibilidades de ação, abrem chances sociais de liberdade e erguem barreiras para a liberdade individual. [Waschkuhn, 1994, p. 188 f]. A institucionalização implica, portanto, custos graves, porque ela não representa somente a exclusão de muitas vozes, mas também o pesadelo da burocratização e das contrariedades que essa acarreta consigo [O'Donnell, 1991, p. 30]. Instituições não são somente um reflexo de necessidades individuais ou sociais. Instituições políticas são padrões regularizados de interação, conhecidos, praticados e em geral reconhecidos e aceitos pelos atores sociais, se bem que não necessariamente por eles aprovados. Logo, são produto de processos políticos de negociação antecedente, refletem as relações de poder existentes e podem ter efeitos decisivos para o processo político e seus resultados materiais [Prittwitz, 1994, p. 239]. É esse o ponto de partida do neo-institucionalismo que tematiza os pressupostos político-institucionais dos processos de decisão política. Entretanto, o neo-institucionalismo não desenvolve uma macroteoria de instituições políticas - como pretendem Parsons ou Luhmann com sua teoria dos sistemas - mas salienta apenas a importância do fator institucional para



institucionais, inclusive a capacidade dos atores políticos de modificar essas estruturas de acordo com suas estratégias, devendo estas abordagens ser efetuadas de acordo com três pilares básicos<sup>5</sup>: o primeiro diz respeito ao sistema político clássico no qual se questiona sobre a ordem política real e verdadeira, sobre o que é um bom governo e qual o melhor estado para se garantir as maiores virtudes da comunidade;<sup>6</sup> o segundo refere-se ao questionamento político propriamente dito, que se refere à análise das forças cruciais no processo decisório e o terceiro refere-se ao resultado que um sistema decisório vem produzindo.<sup>7</sup>

Ao se tratar do tema políticas públicas no cenário político institucional brasileiro, verifica-se uma crescente tendência à judicialização das referidas questões, ora por haver omissão total do

---

a explicação de acontecimentos políticos concretos. O neo-institucionalismo remete não somente às limitações de racionalidade do processo de decisão como consequência de uma falta ou de um excesso de informações, mas salienta a existência de regras gerais e entendimentos fundamentais que prevalecem em cada sociedade e que exerceriam uma influência decisiva sobre as interpretações e o próprio agir das pessoas. De acordo com March/Olson (1995, p. 7), a perspectiva institucional é criada em torno de idéias de identidades e de concepções do comportamento apropriado, contrapondo-se à perspectiva de troca que é constituída em torno de idéias de formação de coalizões e de uma troca voluntária entre atores políticos impulsionados pelo interesse próprio." APUD FREY, Klaus. Políticas Públicas: Um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Extraído do segundo capítulo da tese de doutorado (Frey, 1997) sobre as políticas ambientais dos municípios de Santos e Curitiba. UFSC. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>.

5 FREY, Klaus. *Políticas Públicas*: Um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Extraído do segundo capítulo da tese de doutorado (Frey, 1997) sobre as políticas ambientais dos municípios de Santos e Curitiba. UFSC. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>.

6 Eram as preocupações principais dos teóricos clássicos, como Platão e Aristóteles.

7 Esses pilares irão trazer a sustentação necessária para a correta compreensão da "policy analysis," através da empiria e da prática política, segundo Klaus Frey. Para o referido autor, "A concepção da "policy analysis" parece, em princípio, apropriada para a análise de políticas públicas no contexto da realidade brasileira, porém é imprescindível uma adaptação da abordagem às particularidades da situação política e institucional do País, além de mostrar as próprias limitações da proposta em questão. A "policy analysis" tradicional pressupõe, na verdade, que a variável sistema político, isto é, a estrutura institucional do sistema político-administrativo, deve ser constante e conhecida nas suas características e princípios básicos. Como bem lembra Couto, em um estudo sobre o processo de reforma do Estado no contexto da transição democrática no Brasil, torna-se difícil aplicar ao processo político transicional os mesmos modelos de análise utilizados para a compreensão de estruturas já consolidadas. [Couto, 1998, p. 55]. Além disso, a realização de estudos sobre a dimensão material de políticas públicas pressupõe um conhecimento geral dos processos de resolução de problemas, porque só no caso de um conhecimento suficiente tanto das instituições quanto dos processos político-administrativos é que estes podem servir como quadro de referência para a análise de cada campo de política." C.f. FREY, Klaus. *Políticas Públicas*: Um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Extraído do segundo capítulo da tese de doutorado (Frey, 1997) sobre as políticas ambientais dos municípios de Santos e Curitiba. UFSC. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>.

Estado em relação a comandos constitucionais asseguradores de direitos fundamentais, ora pela omissão parcial na observância dos referidos comandos e, por fim, pela própria ineficácia das estruturas/instituições designadas pela lei como responsáveis pela implementação das referidas políticas públicas.<sup>8</sup>

Em face da discricionariedade outorgada ao administrador público para estabelecer as premissas e as diretrizes dos programas sociais de promoção do bem estar da população, acaba-se por segregar os beneficiários de acordo com o caráter seletivo e universal que se deve atribuir à execução destas políticas públicas, fato que também ocasionará o aumento da litigiosidade dos referidos programas sociais, objetivando a inclusão de cidadãos que, em face da objetivação dos critérios de seleção adotados por esses programas, ficaram excluídos de seu alcance e alegam injustiça na forma de execução da atuação estatal.<sup>9</sup>

Aqui surge um problema relacionado com a implementação e a eficácia desses direitos à obtenção de prestações positivas por parte do Estado, visto que a referida prestação decorre de direitos que não são referenciados em recursos finitos e, na maioria das vezes, sua disposição exige uma tomada de decisão e escolha de quais valores e bens serão distribuídos e quais serão sacrificados.<sup>10</sup> Nessa seara a doutrina constitucionalista passou a reafirmar como critério fundamental na solução desses casos difíceis a doutrina da reserva do possível<sup>11</sup> (*Vorbehalt des Möglichen*), de modo a atuar como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações positivas. Importante mencionar as considerações de Ana Paula de Barcelos<sup>12</sup> sobre o tema, ao afirmar que “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar [...] não se pode esquecer que a

---

8 É inegável a gravidade, sob o ponto de vista jurídico e político, desta omissão estatal violadora de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. A não concretização dos referidos preceitos constitucionais leva o Estado a incidir em inconstitucionalidade por omissão, conforme será abordado com maior profundidade nas páginas seguintes.

9 É freqüente a utilização das vias judiciais por parte de determinados cidadãos com o fito de conseguir o custeio por parte do estado de determinado medicamento ou mesmo tratamento cirúrgico no exterior que não é ofertado pelos programas sociais já devidamente implementados a título de políticas públicas na área da saúde.

10 Cf. CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 170.

11 Limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã. Pode ser de ordem fática (falta de recursos) ou jurídica (orçamentária).

12 BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública.”

Surge, pois, a tormentosa questão de saber se é possível exigir do Estado, independentemente de concretização legislativa, algumas espécies de direitos fundamentais como se fossem verdadeiros direitos subjetivos, passíveis de suportar uma demanda judicial capaz de atuar em concreto realizando o direito pretendido. Instaure-se, nesta hipótese, um verdadeiro conflito entre direitos fundamentais que deve ser resolvido segundo modelo proposto por Robert Alexy,<sup>13</sup> mediante a ponderação dos princípios da liberdade, da competência legislativa, da separação dos poderes, dentre outros. O judiciário deverá valer-se de dois instrumentos na realização desta ponderação: o postulado da proporcionalidade e o postulado do mínimo existencial. E aqui reside o problema central do presente trabalho, o de identificar a legitimidade da substituição do administrador público pelo magistrado em sede de políticas públicas.

## 2 LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O debate sobre o tema remonta a doutrina norte-americana sobre a interpretação do texto constitucional que se divide em duas linhas: a interpretativista e a não-interpretativista. A primeira visão (interpretativista) é mais conservadora e rotulada de textualista, originalista ou preservacionista, ao sustentar que os juízes devem seguir o entendimento original dos criadores da constituição, sendo atribuído ao texto constitucional o sentido que as palavras ordinariamente expressam, a fim de se buscar o significado original das palavras revelado pela história e pela sociedade da época de sua criação. Em sentido oposto, na segunda linha (não-interpretativismo) o legislador constituinte não tem legitimidade para impor sua visão sobre a constituição à sociedade atual, ficando a cargo dos magistrados o dever de evoluir o texto constitucional em função das exigências da atual sociedade.

Sob o prisma do não-interpretativismo, inicia-se o movimento designado de ativismo judicial, o qual “confere ao judiciário um protagonismo decisivo nas mudanças sociais e na incorporação de novos direitos constitucionais aos já existentes, partindo do pressuposto que este poder, em geral, seria mais habilitado à função de plasmar em normas os atuais valores da sociedade”.<sup>14</sup> A idéia de ativismo está atrelada ao grau

13 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: 2008

14 NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Método, 2012. p. 170.

de discricionariedade que se reconhece à atividade jurisdicional. Nessa concepção, objetiva-se que os magistrados passem a tutelar os direitos essenciais ao bom funcionamento da democracia, que por vezes não são tutelados de forma eficiente pelo Poder Legislativo, acarretando um mau funcionamento do sistema democrático-representativo que leva a uma perda de sua credibilidade por parte dos cidadãos e a uma desconfiança de sua atuação por parte dos magistrados, o que incentiva esses últimos a imiscuir-se nas atribuições inicialmente destinadas ao Poder Legislativo, passando a atuar como um verdadeiro legislador positivo. Essa atuação “legiferante” dos magistrados passa a gerar um temor no legislador, eis que tende a demonstrar a figura do juiz como um legislador paralelo, “um revisor universal da justiça das leis e, conseqüentemente, criador do Direito a ser aplicado”.<sup>15</sup>

Esse contexto de desconfiança compromete as bases de um Estado Democrático de Direito, onde o legislador desconfia do juiz por motivos variados, desde a corrupção econômica que se instala nas tão noticiadas “vendas de liminares e sentenças” até o temor de que os magistrados desvirtuem o sentido das normas aprovadas validamente pelo Poder Legislativo, com sentenças impregnadas de ideologias que se desconectam quase totalmente das finalidades que objetivaram a criação da norma que é objeto de aplicação pelo Poder Judiciário. Lado outro, os magistrados, cientes do déficit legislativo e do descaso do Poder Legislativo com a sua função precípua de legislar, que por não raras vezes atua com nítido desvio de finalidade, olvidando o interesse público primário, acabam por invocar um dever funcional adjeto à magistratura no intuito de fiscalizar a constitucionalidade das leis, chegando às raízes do jusrealismo,<sup>16</sup> ao ponto de repelir o texto da Constituição, que passa a ter sua eficácia dependente de prévio pronunciamento jurisdicional.

Ilustrativas as palavras e os exemplos citados por André Ramos Tavares<sup>17</sup> sobre o tema:

Nos últimos dez anos, o legislador federal (Congresso Nacional) aprovou uma série de leis que ampliaram os poderes do STF, atuando, portanto, como legislador confiante no judiciário. Assim podem ser citadas, dentre outras, a EC n.3/93, que criou o efeito vinculante na ADC, e as Leis n. 9868/99 e 9882/99, que criaram o efeito vinculante

15 TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.

16 Realismo jurídico é uma corrente doutrinária surgida nos Estados Unidos na primeira metade do século XX que centraliza o estudo do direito na atuação do juiz, considerando o direito aplicado concretamente – e não a moral, a justiça ou as normas jurídicas – o objeto central de pesquisa do jurista.

17 TAVARES, idem, p. 23-24.

para as ações que não contavam com essa previsão expressa, a EC n. 45/2004, que criou a súmula vinculante, concedendo, nesse caso, inclusive, a inovadora possibilidade de atuação de ofício por parte do STF. Mas não é só. Salvo a restrição do poder de cautela dos magistrados, imposta por leis (inconstitucionais), quando a ação envolva interesses financeiros do Estado, pode-se afirmar que, em geral, as reformas processuais tem aceitado e ampliado o poder dos magistrados, valendo citar a reforma do CPC e, dentre outras, a criação da súmula impeditiva de recursos e o poder concedido aos relatores nos diversos tribunais do país.

O dado curioso, porém, é o de que tais normas favoráveis ao judiciário ocorrem em um contexto no qual o STF aparentemente estaria a fazer as vezes de legislador (e poderia ter tido suas decisões “lidas” pelo legislador em termos de usurpação de funções deste). Não é difícil recordar os pronunciamentos do STF e do judiciário em temas que haviam sido abandonados pelo Parlamento, como fidelidade partidária, verticalização das eleições, definição de pesquisa com células-tronco embrionárias, definição do início da vida para fins de aborto, demarcação de terras indígenas, e isso para não falar da determinação de que o Poder Público ofereça determinados e específicos serviços de saúde (como tratamento de obesidade mórbida, infertilidade feminina, e outros tantos assuntos relacionados à saúde, educação e até tutela do meio ambiente). *Muitos desses temas foram, de certa maneira, indiretamente (e de forma questionável, em alguns casos, mas não em todos) “delegados” pelo órgão legislativo ao judiciário, pois, como conclui Alessandro Pizzorno (1988:12), livram os representantes eleitos de decisões que poderiam gerar conseqüências negativas para esses mesmos representantes, inviabilizando-os nas urnas. Basta considerar que alguns desses temas e das decisões judiciais que os acompanharam apresentam grande dissenso moral na sociedade.* (grifo nosso)

A pergunta que se coloca neste momento e que é crucial para o deslinde da questão é se a substituição do juiz ao legislador como órgão criador do direito seria constitucional. Parte da doutrina entende que o juiz é despido de legitimidade para atuar desta forma, visto que adentra no poder judiciário através do sistema meritório (concurso público) e tem posição contramajoritária (visto que não foi eleito), diferentemente do que ocorre com o legislador e o administrador público, que são eleitos como representantes do povo, sendo detentores de uma posição majoritária. Lado outro, há

doutrinadores que defendem esta atuação ativista dos magistrados, afirmando tratar-se de um verdadeiro mecanismo de freios e contrapesos (check and balance).<sup>18</sup>

Questiona-se, ainda, se a idéia do juiz legislador não afrontaria o princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da Constituição da República de 1988. *A priori*, em um estado de bem estar social, cabe ao administrador público providenciar a implementação das leis que garantam os direitos individuais, sociais, difusos e coletivos, legislação esta cuja elaboração é de responsabilidade do Poder Legislativo. Não obstante, abalizada doutrina<sup>19</sup> afirma que o princípio da separação dos poderes comporta ponderações, eis que “inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam”.

Quanto mais abstrata for a lei, mais espaço haverá para a omissão estatal (ineficiência) e também para a atuação judicial na tentativa de correção desta omissão estatal (ativismo judiciário). Diante da infinidade de casos que podem surgir, cremos que a divisão em 03 categorias fundamentais de implementação de políticas públicas nos ajudará a melhor compreender a legitimidade ou ilegitimidade da atuação jurisdicional em matéria de políticas públicas.

---

18 A favor da função legislativa dos juízes encontra-se o “Chief Justice” inglês Garfield BARWICK, para quem a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidade e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na vida judiciária. CAPPELETTI, sustenta que na tarefa de criar a lei o juiz não detém total liberdade para interpretação, pois o sistema jurídico estabelece certos limites à liberdade judicial, que tanto podem ser limites processuais quanto substanciais. Não há oposição entre as duas atividades, já que o processo de criação ocorre em função da necessidade de preencher as lacunas resultantes do processo Legislativo, o que é feito através da interpretação. A questão está no grau de criatividade, modos, limites e aceitabilidade da criação. O grau de criatividade é maior quando a decisão do juiz está baseada na equidade, e menor quando julga e interpreta argumentando em alguma lei ou precedente. Mas em ambos os casos, a atividade do juiz se assemelha ao do legislador, visto que este também não é totalmente livre, pois tem na Constituição ou nas decisões judiciais a limitação de sua liberdade. C.f. OLIVO, Luiz Carlos Cancellier. Juízes Legisladores: O controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do Direito Judiciário. *Revista Sequência* nº41, Curso de Pós Graduação em Direito - UFSC, dez. 2000. p 83-112.

19 MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

A primeira categoria de implementação das políticas públicas refere-se àquelas situações em que o comando constitucional instituidor de determinada política pública foi efetivamente cumprido pelo legislador e executado de forma plena pelo administrador público. Aqui cremos que não haverá espaço para a judicialização da questão, até mesmo porque não se vislumbrará omissão ou ineficiência do Estado, restando atendido todos os pressupostos para a regular fruição do respectivo serviço público aos cidadãos.

A segunda categoria de implementação das políticas públicas refere-se àquelas situações em que o comando constitucional instituidor de determinada política pública foi integralmente atendido pelo legislador e parcialmente atendido pelo administrador público (Estado), seja por razões de ordem orçamentária (reserva do possível) seja em razão da discricionariedade da Administração Pública em virtude da seletividade na oferta de determinado serviço público. Aqui, *a priori*, não haveria uma legitimidade de atuação do Poder Judiciário no intuito de se implementar, via decisão judicial, política pública que já foi objeto de elaboração, estudo e viabilização pela Administração Pública, em especial porque nesse prévio planejamento já houve prévia análise e estudo acerca da disponibilidade orçamentária e da seletividade do público que mais necessita dos serviços estatais. A intromissão do judiciário nessa hipótese pode mostrar-se nefasta à consecução das políticas públicas planejadas pelo Estado a longo prazo, por redirecionar recursos estatais a um ou alguns indivíduos inicialmente não contemplados nas ações da referida política pública. Haveria, nessa hipótese, verdadeira substituição do mérito administrativo pela sentença judicial. Ressalte-se que nossa Suprema Corte tem, em casos semelhantes e até mesmo mais sensíveis, adotado esse posicionamento para equacionar as questões que a ela são submetidas.<sup>20</sup>

---

20 A Corte Constitucional, ponderando interesses e relevâncias, decidiu que não cabe ao Poder Judiciário subtrair ao legislador suas funções, sob pena de infração a princípios constitucionais pétreos, conforme se vê do acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1458/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.05.1996, adiante transcrito: “A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.” Essa decisão reflete tão-somente a determinação do Supremo Tribunal Federal em preservar plenamente as regras constitucionais imprescindíveis ao sistema – em especial a independência e harmonia dos poderes (art. 2º, CF). (grifo nosso).

A terceira categoria de implementação das políticas públicas refere-se àquelas situações em que o comando constitucional instituidor de determinada política pública não foi atendido pelo legislador e pelo administrador público, bem como àquelas situações em que, apesar de formalmente atendido, materialmente verifica-se incompatibilidade com o texto constitucional. Aqui resta diferenciar a espécie do comando normativo constitucional que assegura o referido direito prestacional positivo, ou seja, se trata-se de norma constitucional de eficácia plena ou de norma constitucional de eficácia limitada. A primeira, como adverte a doutrina, não necessita de lei infraconstitucional para ser aplicada, ao contrário da segunda, que exige uma ação do Poder Legislativo no intuito de se implementar o disposto na constituição, através da edição de legislação infraconstitucional.

Quando se tratar de norma de eficácia plena e se verificar a omissão estatal em implementá-la, entendemos estar justificada a atuação jurisdicional ao determinar sua implementação, isto porque, nessa hipótese, não haverá substituição das funções legislativas pelo magistrado, eis que o texto constitucional já contém comando normativo suficiente para permitir a sua implementação. Deveras, nesta hipótese, o magistrado não estará atuando como legislador, mas sim como garantidor da força normativa da Constituição, conforme preconiza Konrad Hesse.<sup>21</sup> Estará o magistrado emitindo comando para que se implemente determinado direito cuja discricionariedade na elaboração da norma já foi objeto de avaliação pelo próprio Constituinte.

Quando se tratar de norma de eficácia limitada e se verificar a omissão estatal em implementá-la, entendemos que a atuação do Poder Judiciário se justificará apenas nas hipóteses em que restar caracterizado o denominado mínimo existencial<sup>22</sup>. Assim, para além desse mínimo existencial fundamental à dignidade da pessoa humana não há o dever do Estado em realizar prestações positivas e envolver recursos coletivos. Isso porque as normas de eficácia limitada seriam aquelas nas quais o constituinte traçou apenas um desenho geral de competências,

21 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

22 Cf. FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.232. Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. No mesmo sentido vide TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Segundo o autor, "há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas."



atribuições e poderes para que o legislador infraconstitucional determine o preenchimento de sentido conforme as condições de seu contexto histórico. Nesse diapasão, a eficácia positiva deve ser determinada em função da discricionariedade administrativa e da reserva do possível. Não se afigura legítimo, pois, a atuação judicial substituindo o Poder Legislativo quando se tratar de normas programáticas que não envolvam o mínimo existencial, devendo o judiciário adotar uma postura de *self restraint* (autocontenção) em sua forma de atuação.

E, mesmo quando se tratar de hipóteses vinculadas ao mínimo existencial, a atuação estatal deve ser criteriosa, respeitando o postulado da reserva de consistência, ou seja, de critérios de atuação judicial concreta em situações que envolvam a implementação de políticas públicas complexas, especializadas e grande conjunto de informações empíricas e teorias conflitantes.<sup>23</sup> Deve o Poder Judiciário, tal como os demais poderes, levar em conta a escassez de bens para a satisfação material de necessidades públicas previstas constitucionalmente. Essa situação impõe que a verificação do custo dos direitos e da escassez se reflita no fato de que a satisfação de um direito implica necessariamente a escolha pela falta de uma outra satisfação, dado que todas as necessidades não podem ser satisfeitas simultaneamente.<sup>24</sup>

Já nas situações em que a implementação das políticas públicas foi formalmente atendida, mas materialmente verifica-se incompatibilidade com o texto constitucional, surge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário no intuito de repor a integridade normativa da constituição, de modo que a referida lei ou ato normativo sejam eliminados por incompatibilidade com o texto constitucional. E, nesse ponto, cumpre aferir o grau de normatividade do comando implementado pelo Poder Judiciário. Como ressalta a melhor doutrina,<sup>25</sup> “no caso da justiça constitucional, a norma violada, sendo a Constituição, é reposta em sua integridade normativa, por meio de uma decisão que se deve considerar da mesma estatura da norma constitucional, e não da norma legal ou infralegal violentadora do texto constitucional. O Tribunal Constitucional, nessas hipóteses, não atua simplesmente como legislador negativo, que nesses termos seria um legislador fraco, porque provisório e concorrente (não exclusivo), mas sua decisão tem hierarquia constitucional, da mesma estatura que a norma constitucional que prevalece sobre a norma

23 Cf. MORO, Sérgio Fernandes. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.90-97.

24 CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 188.

25 TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45.

impugnada.” Nessa hipótese, o Poder Judiciário atua com legitimidade, com competência constitucional própria, sem adentrar na competência originária do Poder Legislativo. Efetiva a jurisdição constitucional através de esforço hermenêutico em adequar o enunciado normativo impugnado ao comando constitucional regente da matéria, restando sua atuação legitimada pelo texto constitucional traçado pelo Constituinte e expresso na Constituição da República de 1988.

### 3 CONCLUSÃO

A elaboração das políticas públicas pressupõe uma atuação prestacional positiva estatal objetivando a concretização de um mínimo existencial a ser assegurado ao cidadão. A efetivação dessas políticas públicas envolve uma colaboração entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, sendo uma das atribuições principais do primeiro ente estatal a aprovação da peça orçamentária, onde constarão os recursos necessários para viabilizar a execução do planejamento dos serviços sociais que o segundo ente estatal procedeu.

A escolha das prioridades a serem implementadas em sede de políticas públicas deve ser fruto de uma escolha racional efetuada pelo administrador público, sempre pautado pelo interesse público. A implementação das políticas públicas impõe a utilização de certa margem de discricionariedade e hierarquização dos objetivos a serem alcançados, sendo fruto de um processo político de escolha de prioridades a serem implementadas a partir de um conjunto de ações dos governantes e da sociedade civil, em verdadeira simbiose.

Ao se tratar do tema políticas públicas no cenário político institucional brasileiro, verifica-se uma crescente tendência à judicialização das referidas questões, ora por haver omissão total do Estado em relação aos comandos constitucionais asseguradores de direitos fundamentais, ora pela omissão parcial do Estado na observância dos referidos comandos e ora por ineficácia das estruturas e instituições designadas pela lei como responsáveis pela implementação das referidas políticas públicas.

A atuação estatal ineficiente leva ao ativismo judicial, fazendo com que os magistrados passem a tutelar os direitos essenciais ao bom funcionamento da democracia através da construção de uma lei para cada caso concreto, passando a atuar em seara que, *a priori*, deveria ser exclusiva do Poder Legislativo, através da edição de normas de cunho geral.

Para que a atuação do Poder Judiciário seja legítima, torna-se necessário o estabelecimento de balizas de acordo com o grau de

implementação das políticas públicas adotadas pelo Estado. Essa atuação é tanto mais legítima quanto menor for o grau de implementação das políticas públicas realizadas pelo Estado. Quanto mais abstrata for a lei, mais espaço haverá para a omissão estatal (ineficiência) e para a atuação judicial, na tentativa de correção desta omissão estatal.

A intromissão do judiciário em certas hipóteses, atuando como legislador positivo, pode mostrar-se nefasta à consecução das políticas públicas planejadas pelo Estado- Administração a longo prazo, por redirecionar recursos estatais a um ou alguns indivíduos inicialmente não contemplados nas ações da referida política pública. Haveria, nessa hipótese, verdadeira substituição do mérito administrativo pela sentença judicial. Não se afigura legítimo, pois, a atuação judicial substituindo o Poder Legislativo quando se tratar de normas programáticas que não envolvam o mínimo existencial, devendo o judiciário adotar uma postura de *self restraint* (autocontenção) em sua forma de atuação.

Já nas situações em que a implementação das políticas públicas foi formalmente atendida, mas materialmente verifica-se incompatibilidade com o texto constitucional, surge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário no intuito de repor a integridade normativa da constituição, de modo que a referida lei ou ato normativo sejam eliminados por incompatibilidade com o texto constitucional. Trata-se de hipótese em que a atuação do Poder Judiciário está prevista no texto constitucional, ficando caracterizada a sua legitimidade, pois sua atuação foi prevista pelo Constituinte e inserida no texto constitucional, com vistas a resguardar os interesses da coletividade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: 2008.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Tese de doutorado. 1997. UFSC. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2009.

MORO, Sérgio Fernandes. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Método, 2012.

RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial, de H. Hart y Ronald Dworkin*. Santa-Fé de Bogotá. Colômbia, 1997.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo, Saraiva: 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro:Renovar, 2009.

---

# ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM MATÉRIA TRABALHISTA

*THE ACTIVITY OF THE GENERAL ADVOCACY OF THE UNION IN  
LABOR MATTERS*

---

*Camila Rocha Portela  
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Advocacia-Geral da União: visão geral da Instituição; 2 O Departamento Trabalhista na Procuradoria-Geral da União; 3 Atuação da Advocacia-Geral da União em matéria trabalhista; 3.1 A União e a Justiça do Trabalho; 3.2 Demandas trabalhistas frequentes; 3.2.1 Contratos de terceirização; 3.2.2 Outras demandas comuns; 4 Atuação da AGU na concretização dos direitos dos trabalhadores; 4.1 Atuação no combate ao trabalho escravo; Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Trata-se de artigo jurídico que tem por objetivo analisar a atuação da Advocacia-Geral da União em matéria trabalhista. A princípio, é apresentada uma visão geral da Instituição, bem como seu papel institucional, tal como previsto na Constituição Federal de 1988 e na Lei Complementar nº 73 de 1993. Posteriormente, examina-se a atuação da Instituição em matéria trabalhista, com a análise das principais demandas neste tema, em especial, acerca da responsabilidade subsidiária do Poder Público nos contratos de terceirização. Ademais, discorre-se sobre o papel da AGU na concretização dos direitos trabalhistas, abrangendo a defesa atos praticados pelos órgãos de fiscalização do trabalho, bem como o combate ao trabalho escravo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia-Geral da União. Visão Geral Sobre a Instituição. Matéria Trabalhista. Principais Demandas. Direitos Trabalhistas.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the role of the General Advocacy of the Union on labor matters. In the beginning, it is presented an overview of the institution as well as its institutional role, as envisaged in the 1988 Federal Constitution and in the Complementary Law nº 73 of 1993. Subsequently, it is examined the role of the institution in labor matters, with the analysis of the main demands in this area, especially regarding outsourcing contracts. Lastly, it approaches the role of the AGU in the accomplishment of labor rights, including the defense of penalties imposed by the Public Administration, as well as the fight against slavery.

**KEYWORDS:** The General Advocacy of the Union. Overview of the Institution. Labor Matters. Mais Demands. Labor Rights.

## INTRODUÇÃO

Em 2013, a AGU completa 20 anos de existência. Ao longo dessas duas décadas, a Instituição consolidou-se como essencial ao crescimento e ao desenvolvimento do país, atuando na busca pela implementação das políticas públicas e pela garantia da concretização do interesse público.

A Advocacia-Geral da União foi concebida pela Constituição Federal de 1988, tendo sido regulamentada pela Lei Complementar nº 73, de 1993.

Com o passar dos anos, a AGU tem assumido papel fundamental no Estado Democrático de Direito.

Para se demonstrar a importância da Instituição, segundo informações da Assessoria de Comunicação da Instituição, no ano de 2012, a AGU foi o segundo órgão pertencente ao sistema judicial mais citado pela imprensa, ficando atrás apenas do Supremo Tribunal Federal. Isso se deve, em especial, à atuação da AGU em temas sensíveis para a sociedade brasileira, tais como saúde e educação<sup>1</sup>.

Além desses temas, a AGU possui também uma atuação em matéria trabalhista, no âmbito da qual, muitas vezes, visa a garantir os direitos sociais previstos nos arts. 6º e 7º da Constituição Federal de 1988, bem como as políticas públicas implementadas em tal área, a partir, por exemplo, da defesa judicial dos atos praticados pelos órgãos de fiscalização do trabalho.

Assim, esse artigo tem o objetivo de analisar a atuação de tal Instituição no campo trabalhista, abordando as principais demandas na área, bem como demonstrando o papel ativo que a AGU possui na concretização de direitos fundamentais.

### 1 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: VISÃO GERAL DA INSTITUIÇÃO

A AGU foi organizada pela Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Entretanto, o Órgão foi idealizado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 131, tratando-se de função essencial à Justiça.

Eis o teor do mencionado dispositivo constitucional:

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

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=227314&cid\\_site=3](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=227314&cid_site=3)>.

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.

Pelo teor da norma transcrita acima, depreende-se que a AGU foi concebida pelo legislador constituinte originário como órgão representante da União, o que alberga tanto a Administração Direta quanto a Indireta, tendo uma atuação judicial e extrajudicial.

Destaque-se que, anteriormente, à Constituição Federal de 1988, a função de advocacia do Estado era desempenhada pelo Ministério Público, que acumulava as atribuições no âmbito da advocacia pública e da defesa da sociedade.

Com o advento da Carta atual, tais funções foram divididas, ficando a Advocacia Pública com a função de defesa do Estado e o Ministério Público com as atribuições de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nesse contexto, como representante da União, a AGU atua como órgão viabilizador da implementação das diversas políticas públicas que são concebidas pelos órgãos de representação democrática, quais sejam, o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Nesse ponto, importante ressaltar a previsão contida no parágrafo único do art. 1º da Carta da República, que estabelece que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Com efeito, os representantes do povo tem o papel constitucional de exercer o poder, definindo os rumos que serão tomados pelo país. Nesse contexto, a AGU tem a função de zelar pela constitucionalidade e pela legalidade das ações governamentais, auxiliando na implementação dos inúmeros projetos idealizados pelos administradores com a finalidade de efetivar os direitos sociais.



Ocorre que, no exercício dessa atividade, diversas vezes, os gestores públicos têm seus atos questionados em juízo. Nesse cenário, a AGU tem o papel de defender esses atos perante o Poder Judiciário. Não se trata, entretanto, de defender o administrador a todo custo, mas sim, de garantir que o ato praticado num contexto de execução de políticas públicas, seja resguardado, bem como que o Administrador tenha seu papel constitucional preservado, sempre que atuar nos moldes legais e constitucionais, em especial no exercício da discricionariedade administrativa.

De outro lado, a AGU oferece subsídios jurídicos para os Administradores Públicos Federais, numa atuação que precede à prática dos atos administrativos, visando a garantir que tais atos sejam praticados na conformidade do que dispõe o ordenamento jurídico.

Ressalte-se que a atuação da AGU não é restrita ao Poder Executivo. A AGU atua na defesa dos três Poderes da União, muito embora as atividades de consultoria e assessoramento jurídico seja direcionada exclusivamente ao Poder Executivo.

Quanto à natureza jurídica da AGU, há controvérsia no âmbito doutrinário. Como dispõe Leonardo Cacau Santos Bradbury:

A primeira corrente, capitaneada por Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, entende que a AGU faz parte do Poder Executivo.

A segunda corrente, defendida por Sérgio de Andréia Ferreira e Diogo Figueiredo Moreira Neto, sustentam que a AGU não integra o Executivo, nem está a ele vinculada nem subordinada, possuindo independência funcional tanto na sua atuação postulatória como consultiva. Ensinam que a AGU não está vinculada a nenhum dos poderes, atuando fora deles.<sup>2</sup>

A Advocacia-Geral da União é integrada por quatro carreiras, quais sejam, Advocacia da União, Procuradoria da Fazenda Nacional, Procuradoria Federal e Procuradoria do Banco Central.

A Advocacia da União atua na defesa da Administração Direta e a Procuradoria da Fazenda Nacional é responsável pela execução da dívida ativa tributária da União.

---

<sup>2</sup> BRADBURY, Leonardo. Advocacia-Geral da União: Órgão de defesa dos direitos fundamentais e aplicador da nova hermenêutica constitucional. *Publicações da Escola da AGU: Trabalhos Vencedores do concurso de Monografias da AGU em 2009-2010*. Brasília, 2012.

A Procuradoria Federal<sup>3</sup> é encarregada da defesa da Administração Indireta, o que abrange as Autarquias e Fundações Públicas Federais, tendo também atividade consultiva e de assessoramento. A título exemplificativo, pode-se destacar a atuação da Procuradoria Federal em defesa do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, responsável por uma grande quantidade de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

O Banco Central, apesar de sua natureza autárquica, possui um órgão de representação própria, qual seja, a Procuradoria-Geral do Banco Central.

Completando sua segunda década de existência, a Advocacia-Geral da União tem experimentado uma mudança em seu paradigma de atuação, visto que tem buscado reduzir litígios no âmbito do Poder Judiciário, pedindo desistência de recursos ou mesmo deixando de interpô-los em situações em que há jurisprudência pacífica ou súmula do Advogado-Geral da União, por exemplo, além de atuar na realização de acordos. Nesse contexto, pode-se citar a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Sobre este assunto, Eder Maurício Pezzi destaca que:

Diante disso, surge a conciliação como um novo papel do advogado público, que, com base no ordenamento jurídico vigente, poderá aprofundar questões controvertidas e buscar uma solução consensual entre os agentes públicos envolvidos. Tal medida, mais do que evitar a judicialização do funcionamento da máquina administrativa, traduz-se em eficiência da atuação estatal, visto que se resolvem as questões de forma célere e objetiva, fomentando a segurança jurídica e a continuidade do serviço público.

Observe-se, como exemplo do âmbito federal, a exitosa experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, composta por advogados públicos da AGU. Através dela, já se resolveram diversas controvérsias havidas entre autarquias federais (p.ex. INCRA e INSS) ou entre estas e a União (DNIT x União), demonstrando a efetividade da atuação da advocacia pública no que concerne ao seu papel conciliatório.<sup>4</sup>

Verifica-se, pois, que a Instituição tem procurado conferir maior eficiência à sua atuação, contribuindo grandemente para a consecução do interesse público.

3 A Procuradoria-Geral Federal foi criada pela Lei 10.480/2002, cujo art. 9º estabelece: “É criada a Procuradoria-Geral Federal, à qual fica assegurada autonomia administrativa e financeira, vinculada à Advocacia-Geral da União.

4 PEZZI, Eder. Desenvolvimento do estado e eficiência: novos horizontes na atuação da advocacia pública. *Publicações da Escola da AGU: Trabalhos Vencedores do concurso de Monografias da AGU em 2009-2010*. Brasília, 2012.

## 2 O DEPARTAMENTO TRABALHISTA NA PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO (PGU)

Como dito anteriormente, a Advocacia da União possui a atribuição de representar judicial e extrajudicialmente a Administração Direta Federal, realizando, outrossim, o assessoramento e a consultoria jurídica do Poder Executivo, ressalvadas as atribuições da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Portanto, a atuação da Advocacia da União desdobra-se em uma esfera contenciosa e outra consultiva.

Na esfera contenciosa, a Procuradoria-Geral da União recebeu a incumbência de representar judicialmente a União, tendo o Procurador-Geral da União atuação perante os Tribunais Superiores, nos termos do art. 9º, *caput* e parágrafo primeiro da Lei Complementar nº 73/93.

Ademais, nos termos do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, a Procuradoria-Geral da União tem outras atribuições, tais como supervisionar e orientar a atuação das Procuradorias Regionais, promover o acompanhamento de processos relevantes para a União e examinar propostas de acordos judiciais.

A Procuradoria-Geral da União é dividida em departamentos, cada qual com atribuições específicas. Nesse contexto, insere-se o Departamento Trabalhista (DTB), cujas atribuições, nos termos do art. 26 do Decreto supracitado, são as seguintes:

Art. 26. Ao Departamento Trabalhista compete:

I - planejar, coordenar e supervisionar as atividades relativas à representação e defesa judicial da União nas matérias pertinentes a assuntos trabalhistas;

II - exercer a representação e a defesa judicial da União, nas causas de competência da Advocacia-Geral da União, junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal Superior do Trabalho, nas matérias pertinentes a assuntos trabalhistas; e

III - atuar perante o Tribunal Superior do Trabalho na análise de precatórios e requisições de pequeno valor, principalmente nos aspectos jurídicos.

Depreende-se do texto normativo transcrito acima que o DTB atua na defesa da União em causas que envolvem matéria trabalhista.

Ademais, o Departamento Trabalhista atua na promoção de ações de combate ao trabalho escravo e na defesa de atos administrativos praticados pelos órgãos de fiscalização do trabalho.

No tópico seguinte, será feita uma análise mais aprofundada sobre tal atuação.

### **3 ATUAÇÃO DA ADVOCACIA DA UNIÃO EM MATÉRIA TRABALHISTA**

#### **3.1 A UNIÃO E A JUSTIÇA DO TRABALHO**

A Justiça do Trabalho encontra-se delineada no art. 111 e seguintes da Constituição Federal de 1988, estando a sua competência prevista no art. 114 da Constituição.

Dentre tais competências, destacam-se as ações oriundas das relações de trabalho, as ações que envolvam exercício do direito de greve, as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregados pelos órgãos de fiscalização, dentre outras.

A princípio, impende destacar que a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 ampliou sensivelmente o leque de atribuições da Justiça Laboral, que antes ficava restrito a causas que envolvessem relações de emprego.

Ressalte-se que, via de regra, a União, demanda e é demandada na Justiça Federal (competência em razão da pessoa). Porém, o art. 109 da Constituição, ao tratar sobre as atribuições da Justiça Federal, excepcionou as causas pertinentes à Justiça Laboral.

Por outro lado, importante lembrar que, no tocante às causas envolvendo servidores públicos efetivos, bem como servidores temporários, a competência é atribuída à Justiça Federal, conforme entendimento da Corte Suprema, que excluiu tais causas do âmbito de incidência do art. 114, I, da Constituição Federal.

Com essas explanações iniciais, passa-se a analisar as causas mais comuns envolvendo a União na Justiça do Trabalho.

#### **3.2 DEMANDAS TRABALHISTAS FREQUENTES**

##### **3.2.1 CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO**

A União é frequentemente demandada em causas envolvendo responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas devidas em decorrência de contratos de terceirização.

A terceirização caracteriza-se por ser uma relação triangular, sendo composta pelo empregado, pelo intermediador de mão de obra e pelo tomador de serviços. O empregado fica subordinado ao intermediador, prestando serviços ao tomador.

Alice Monteiro de Barros conceitua terceirização da seguinte forma:

O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundária, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio. [...] Tecnicamente, o objetivo da terceirização é diminuir custos e melhorar a qualidade do produto ou serviço.<sup>5</sup>

Maurício Godinho Delgado destaca que “por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços, sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente”<sup>6</sup>.

Essa relação possibilita ao tomador uma grande redução de custos, visto que este não se responsabiliza pelo adimplemento das verbas trabalhistas, pois sua relação jurídica se estabelece unicamente com a empresa intermediária. Nesse contexto, frequentemente, a terceirização é utilizada como uma forma de fraudar direitos trabalhistas.

Não há uma regulamentação legal ampla sobre a terceirização. Conforme dispõe José Cairo Júnior, “a primeira norma que tratou de uma das espécies de terceirização foi a Lei nº 6019/74, que dispôs sobre o trabalho temporário em empresas urbanas”<sup>7</sup>.

A princípio, o TST possuía entendimento no sentido de só admitir a terceirização que se enquadrasse nos moldes da Lei. Porém, como destaca o autor acima mencionado:

Com a crescente proliferação do procedimento de terceirização, em várias atividades econômicas, e com o consequente aumento das demandas judiciais abordando essa questão, o TST flexibilizou o seu entendimento anterior [...].<sup>8</sup>

5 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 357.

6 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

7 CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2013. p.393.

8 *Ibidem*, p. 394.

Assim, o TST editou a Súmula nº 331, cujo item I dispõe que “A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário”.

Portanto, salvo previsão legal, a terceirização em atividade fim é ilegal, de forma que o vínculo trabalhista se forma diretamente com o tomador de serviços. Entretanto, tal situação não ocorre quando o Poder Público é o tomador, nos termos do item II da Súmula mencionada. Isso porque a Constituição exige que ingresso no serviço público se dê mediante concurso público, sob pena de nulidade.

Sobre as consequências de tal contratação irregular, o TST entende da seguinte forma, conforme Orientação Jurisprudencial nº 383/SBDI-I:

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Nesse contexto, o Decreto nº 2.271, de julho de 1997, dispõe sobre a terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Essa norma estipula que a terceirização deve recair sobre serviços de apoio, isto é sobre atividades-meio, e não sobre atividades fim da entidade pública.

Vale destacar que o Tribunal de Contas da União já proferiu decisões e recomendações referentes à terceirização irregular no âmbito do Poder Público.

Cumprir citar, a título exemplificativo, trecho do acórdão 1520/2006 do TCU:

6.8 No entanto, como todo ato administrativo, a terceirização de serviços deve-se pautar nos aspectos legais. Assim, ao mesmo tempo em que se deve buscar meios mais econômicos para aplicação dos

recursos públicos, em face do princípio da economicidade, também deve-se atentar para o princípio da legalidade, norteador da Administração Pública.

6.9 Resta inequívoco que a contratação de trabalhadores terceirizados para o exercício de tarefas próprias de servidores públicos é afronta direta ao princípio da seleção mediante concurso público, além de afronta à lei trabalhista, que restringe as possibilidades de terceirização às atividades-meio de qualquer organização, pública ou privada, e, ainda assim, condicionada à inexistência de relação de pessoalidade e subordinação direta.

6.10 Ademais, a ilegal terceirização de serviços públicos pode trazer consigo uma armadilha. A informalidade dos critérios de seleção de pessoal terceirizado pode vir a servir de anteparo à indicação da pessoa que irá ocupar o posto de trabalho, dando margem à ocorrência de práticas patrimonialistas de apadrinhamento ou nepotismo. Daí a necessidade de haver contratação de serviços e não locação de mão-de-obra individualmente selecionada. Ressalte-se que ocorrências dessa natureza foram identificadas no âmbito do TC 013.742/2004-9, que teve o objetivo de avaliar o modelo de terceirização vigente na Administração Pública Federal.”<sup>9</sup>

Nessa linha, a União assinou termo de conciliação com o Ministério Público do Trabalho, na ação civil pública nº 00810-2006-017-10-00.7, a fim de regularizar a contratação de pessoal terceirizado.

Porém, conforme destacado acima, há situações em que a terceirização não é considerada irregular, as quais estão previstas no item III da mencionada Súmula:

Súmula 331

[...]

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

9 Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>.

Comumente, a Administração Pública realiza contratos com empresas de terceirização para prestação de serviços de limpeza e vigilância e outros serviços intermediários. Em tais casos, como se depreende da Súmula citada acima, a terceirização não é considerada ilícita. Entretanto, ainda que não haja ilicitude, o tomador de serviços, na qualidade de beneficiário da mão-de-obra do trabalhador, não fica totalmente isento de responsabilidade pelas verbas trabalhistas.

Nesses casos, há a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelas verbas trabalhistas inadimplidas por parte da empresa contratada para prestar o serviço.

Portanto, devido a essa possibilidade de responsabilização subsidiária do Ente Público, este é frequentemente demandado na Justiça do Trabalho em causas envolvendo terceirização.

Destaque-se que o TST possuía o entendimento no sentido de responsabilizar o Ente Público sempre que houvesse inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, a despeito do teor do art. 71, §1º, da Lei 8666/93, que dispõe:

Art. 71 [...]

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Entretanto, o TST mudou seu entendimento de responsabilização irrestrita do Ente Público após o julgamento da ADC nº 16, no âmbito da qual o STF declarou a constitucionalidade do dispositivo legal supracitado, tendo externado posicionamento no sentido da necessidade de prova da conduta culposa do Ente Público em fiscalizar a execução do contrato de terceirização, para fins de responsabilidade subsidiária.

Nesta senda, o TST alterou a redação do item IV e acrescentou o item V à Súmula 331, estabelecendo que a responsabilização subsidiária do Ente Público depende da demonstração da “conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora”.

Dessa forma, em contratos de terceirização, o Departamento Trabalhista tem atuado no sentido de garantir a observância da decisão firmada no âmbito do STF no julgamento da ADC nº 16, inclusive no que



diz respeito ao reconhecimento da inexigibilidade dos títulos judiciais formados em desconformidade ao entendimento do STF, com base no art. 741, parágrafo único, do CPC.

Tal atuação é dificultada pelo fato de muitos julgadores ainda presumirem a culpa do Ente Público quando há inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora do serviço, abstendo-se de analisar se houve, efetivamente, no caso concreto, culpa do Ente Público beneficiário da mão-de-obra.

Por fim, destaque-se que o Departamento Trabalhista da AGU possibilitou uma economia de R\$1.763.251,42 aos cofres públicos, ao evitar a condenação indevida da União por pagamento de verbas trabalhistas a terceirizados<sup>10</sup>.

### 3.2.2 OUTRAS DEMANDAS COMUNS EM MATÉRIA TRABALHISTA

Outras demandas trabalhistas frequentes dizem respeito à sucessão trabalhista, isto é, nos casos em que a União sucede determinado ente, assumindo a responsabilidade pelas verbas trabalhistas. Nesses casos, a União é acionada para arcar com as verbas trabalhistas em geral, como férias e décimo terceiro salário.

A título exemplificativo, pode-se citar a sucessão da Rede Ferroviária Federal S/A pela União, levada a efeito pela Medida Provisória nº 353 de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.483, de 31 de maio de 2007.

Ainda, a União atua em causas trabalhistas ajuizadas em face de organismos internacionais, como é o caso da ONU. Nessas situações, a União, representada pela AGU, têm defendido a imunidade absoluta dos organismos internacionais.

Recentemente, a tal tese foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 597368/MT, conforme trecho do informativo de jurisprudência abaixo transcrito:

A Organização das Nações Unidas - ONU e sua agência Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD possuem imunidade de jurisdição e de execução relativamente a causas trabalhistas. Essa a conclusão do Plenário que, por votação majoritária, conheceu em parte de recursos extraordinários interpostos pela ONU e pela União, e, na parte conhecida, a eles deu provimento para reconhecer afronta à literal disposição contida na Seção 2 da Convenção sobre Privilégios

10 Disponível em: <[www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTextoThumb.aspx?idConteudo=217496&ordenacao=1&id\\_site=530](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTextoThumb.aspx?idConteudo=217496&ordenacao=1&id_site=530)>.

e Imunidades das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto 27.784/50 (“Seção 2 - A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja sua sede ou o seu detentor, gozarão da imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não pode compreender medidas executivas”). Na espécie, a ONU/PNUD questionava julgado da justiça do trabalho que afastara a imunidade de jurisdição daquele organismo internacional, para fins de execução de sentença concessiva de direitos trabalhistas previstos na legislação pátria a brasileiro contratado pelo PNUD. A União ingressara no feito, na condição de assistente simples da ONU/PNUD, apenas na fase executiva — v. Informativo 545. RE 597368/MT, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 15.5.2013. (RE-597368) RE 578543/MT, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 15.5.2013. (RE-578543).

Há, ainda, diversas demandas trabalhistas relativas a autos de infração lavrados pelos auditores fiscais, as quais serão analisadas abaixo.

#### **4 ATUAÇÃO DA AGU NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES**

Como ressaltado no tópico anterior, a competência da Justiça do Trabalho abrange as ações relativas a penalidades impostas pelos órgãos de fiscalização do trabalho.

A legislação trabalhista foi concebida no intuito de resguardar a pessoa do trabalhador, sendo orientada pelo princípio da proteção. Isso porque o trabalhador se encontra numa relação desigual, sendo parte hipossuficiente perante seu empregador.

O Estado atua na edição de normas, criação de políticas públicas, fiscalizando as relações de trabalho, sempre considerando a necessidade de proteção ao hipossuficiente.

No âmbito da legislação trabalhista, há diversas normas que devem ser obedecidas pelos empregadores, as quais encontram fundamento nos arts. 6º e 7º da Constituição Federal. Dentre tais normais, cite-se jornada de trabalho, intervalos, férias, segurança etc.

Ademais, não se pode olvidar que os valores sociais do trabalho são um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, os auditores fiscais do trabalho, integrantes do Ministério do Trabalho e Emprego, realizam diversas fiscalizações

em estabelecimentos empresariais, a fim de averiguar o cumprimento da legislação trabalhista. Constatada uma irregularidade, os agentes lavram autos de infração, aplicando as respectivas penalidades.

Frequentemente, essas autuações são questionadas em juízo. Nesse contexto, cabe a Advocacia da União defender os atos praticados pelos agentes de fiscalização.

Cite-se, a título exemplificativo, a autuação de um empregador que descumpra a regra prevista no art. 74, §2º, da CLT, que determina que para os estabelecimentos que empreguem mais de dez trabalhadores, é obrigatória a anotação da hora de entrada e saída em registro manual, mecânico ou eletrônico.

Outro exemplo bastante comum é a atuação com fundamento no art. 41 da CLT, em situações nas quais o auditor fiscal verifica a existência de terceirização irregular e reconhece o vínculo de emprego diretamente entre os trabalhadores e a empresa autuada.

Nesses casos, o Judiciário trabalhista, frequentemente, tem acolhido o pedido de anulação do auto de infração, sob o fundamento de que a competência para reconhecimento do vínculo empregatício seria exclusiva do Poder Judiciário.

Recentemente, a AGU levou a questão à apreciação da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, tendo obtido decisões favoráveis, conforme seguinte julgado:

RECURSO DE EMBARGOS. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL DO TRABALHO PARA A LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO EM FACE DO DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ARTIGO 41 DA CLT. Nos termos dos artigos 626 da Consolidação das Leis do Trabalho e 5º da Instrução Normativa nº 03/97 do Ministério do Trabalho e Emprego não invade a competência da Justiça do Trabalho a declaração de existência de vínculo de emprego feita pelo auditor fiscal do trabalho para fins de lavratura de auto de infração em face do desrespeito ao disposto no artigo 41 da CLT. Recuso de embargos conhecido e provido.

(E-RR-173700-35.2007.5.07.0007, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 12/12/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 19/12/2013)

Em outros casos, há situações em que a autuação decorre da prática do trabalho escravo ou infantil, ou ainda, por violação as normas

protetivas dos portadores de necessidades especiais. Tais processos são considerados relevantes, recebendo um acompanhamento especial por parte dos advogados.

Constata-se, pois, que nesse aspecto, a atuação da AGU está diretamente ligada à concretização de direitos trabalhistas, na medida em que atua para preservar os atos praticados pelos órgãos de fiscalização.

No tocante aos direitos dos portadores de necessidades especiais, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 7º, XXXI, a proibição de discriminação no tocante ao salário e aos critérios de admissão.

Os portadores de necessidades especiais são alvo de ações afirmativas ou discriminatórias positivas, a fim de garantir a sua inserção no mercado de trabalho.

Sobre o assunto, David Araújo e Nunes Júnior ressaltam que:

O constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.<sup>11</sup>

Nesse contexto, o administrador público cria diversos mecanismos para garantir a concretização da norma constitucional em tela, cabendo aos órgãos de representação judicial a defesa de tais políticas públicas em juízo.

Destaque-se que tais políticas tem espeque em normas internacionais, como é o caso da Convenção 159 da OIT, ratificada pelo Decreto nº 129, de 18 de maio de 1991, e dispõe o seguinte, *in verbis*:

#### Artigo 2

De acordo com as condições, experiências e possibilidades nacionais, cada país membro formulará, aplicará e periodicamente revisará a política nacional sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes.

[...]

#### Artigo 4

11 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos.

Por exemplo, a Lei 8.213/91 cria um sistema de cotas para portadores de necessidades especiais, nos seguintes moldes:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados ..... 2%

II - de 201 a 500 ..... 3%

III - de 501 a 1.000 ..... 4%

IV - de 1.001 em diante ..... 5%.

Diversas empresas que são autuadas por descumprirem a regra acima ingressam em Juízo para questionar a imposição da penalidade. Dentre os argumentos, está a dificuldade em contratar trabalhadores portadores de necessidades especiais ante a escassez dessa mão-de-obra no mercado.

Nesses casos, a AGU tem conseguido manter a imposição da penalidade, quando a empresa não demonstra que adotou todos os meios possíveis para cumprir a norma acima.

Evidencia-se a atuação da AGU na defesa pela concretização dos direitos dos trabalhadores, os quais estão previstos nos arts. 6º e 7º da Constituição Federal, bem como em acordos internacionais, nos termos do art. 5º, §§ 2º e 3º, da Lei Maior.

Por fim, importante destacar que a AGU garantiu o recolhimento de R\$ 2.366.098,25 aos cofres públicos relativos a multas aplicadas por auditores fiscais do trabalho<sup>12</sup>.

12 Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTextoThumb.aspx?id Conteudo=217496&ordenacao=1&cid\\_site=530](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTextoThumb.aspx?id Conteudo=217496&ordenacao=1&cid_site=530)>.

#### 4.1 ATUAÇÃO NO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO

Hodiernamente, o trabalho escravo não é considerado unicamente como a privação da liberdade do trabalhador. Há formas modernas de escravização, mediante as quais os empregadores utilizam-se de práticas que visam a dissimular a escravização do trabalhador, reduzindo-o à condição análoga de escravo.

José Cairo Júnior descreve como o trabalho análogo à condição de escravo se materializa:

O trabalho análogo à condição de escravo identifica-se com a situação por meio da qual um trabalhador, ou grupo de trabalhadores, são aliciados para prestar serviços fora de seu domicílio, assumindo, desde então, o compromisso de pagar as despesas decorrentes do transporte, habitação e moradia, de forma que o valor percebido a título de salário jamais consegue saldar as referidas dívidas, que vão se acumulando em razão da execução do contrato de trabalho.<sup>13</sup>

No mesmo sentido, cite-se trecho do Relatório da Relatora Especial sobre formas contemporâneas de escravidão<sup>14</sup>:

A grande maioria dos trabalhadores escravos no Brasil está em situação de servidão por dívida. Os “gatos” aliciam trabalhadores em áreas extremamente pobres do nordeste brasileira para trabalhar em cidades distantes em troca de um adiantamento de salário e promessas de um bom salário. Eles são levados de ônibus a plantações e ranchos que se localizam em outro Estado brasileiro. Ao chegar, são avisados que devem devolver qualquer adiantamento recebido e custear seu transporte, alimentação e acomodação. Os salários atrativos que haviam sido prometidos aos trabalhadores são reduzidos e os salários raramente cobrem seus custos. Os trabalhadores se tornam devedores de seus empregadores desde o início. [...]

A Relatora Especial recebeu informações de que os trabalhadores muitas vezes são vigiados por guardas armados, e ameaças de violência contra eles ou suas famílias são frequentes, tornando-se impossível fugir. Se eles tentam escapar, muitas vezes são caçados, e então feridos ou até assassinados. [...]

<sup>13</sup> CAIRO JÚNIOR, op. cit., p. 184.

<sup>14</sup> Disponível em: <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/relatorioonutrabalho\\_938.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/relatorioonutrabalho_938.pdf)>

Alguns trabalhadores recrutados sofrem abusos físicos, sexuais e verbais. Eles também trabalham em condições inadequadas, anti-higiências e inseguras.

Sobre o tema, pode-se citar trecho do voto da Ministra Rosa Weber no Inquérito 3412/AL

A ‘escravidão moderna’ é mais sutil e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos.

Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade, tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa ‘reduzir alguém a condição análoga à de escravo’.<sup>15</sup>

Nesse contexto, os auditores fiscais do trabalho, por diversas vezes, realizam autuações relativas às infrações mencionadas acima. Nesses casos, a AGU atua na busca pela garantia da manutenção da autuação e a aplicação da penalidade, como forma de tornar efetivo o combate a tais práticas.

Ademais, cite-se, ainda, que a AGU atua na defesa de políticas públicas direcionadas ao combate ao trabalho escravo, como a defesa da legalidade e constitucionalidade da Portaria nº 540/MTE, substituída pela Portaria Interministerial nº2/2011 que criou o cadastro dos empregadores envolvidos com a prática do trabalho escravo.

Tal inclusão representa uma restrição do acesso a crédito perante instituições financeiras, conforme Portaria nº 1.150/2003 do Ministério da Integração. A bem da verdade, não se mostra razoável conceder incentivos e financiamentos a empregadores envolvidos com essa prática, que é repudiada não só no âmbito nacional, mas também no âmbito internacional, sendo o Brasil, inclusive, signatário de algumas convenções internacionais no âmbito das quais se comprometeu a empreender esforços na erradicação do trabalho escravo.

Diversos empregadores ingressam em juízo para questionar sua inclusão nesse cadastro, denominado “lista suja”, seja discutindo a

<sup>15</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

legalidade da Portaria considerada abstratamente, seja discutindo a validade do procedimento administrativo de inscrição. Nesse contexto, cabe a AGU assegurar a manutenção da inscrição no cadastro, demonstrando, em juízo, a regularidade do processo administrativo e da Portaria em tela.

Ademais, a AGU participa do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, integrando a Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE).

Portanto, verifica-se que a AGU atua na busca pela concretização dos direitos dos trabalhadores, exercendo um papel fundamental na sociedade.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme exposto acima, verifica-se que as atribuições da Advocacia-Geral da União em matéria trabalhista são bastante amplas, possuindo um importante enfoque social.

Com efeito, a atuação da AGU em causas trabalhistas não está restrita a questões ligadas a responsabilidade subsidiária por verbas trabalhistas inadimplidas em contratos de terceirização, apesar de tais demandas serem recorrentes.

Há, ainda, uma atuação voltada à efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, com uma constante busca pela implementação de políticas públicas, que se dá tanto por meio da defesa das autuações realizadas pela fiscalização do trabalho, bem como por ações no combate ao trabalho escravo e infantil, o que corrobora a importância social da AGU para o Estado brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRADBURY, Leonardo. Advocacia-Geral da União: Órgão de defesa dos direitos fundamentais e aplicador da nova hermenêutica constitucional. *Publicações da Escola da AGU: Trabalhos Vencedores do concurso de Monografias da AGU em 2009-2010*. Brasília, 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inquérito 3412/AL*. Relator Ministro Marco Aurélio Melo. Relator p/ acórdão: Ministra Rosa Maria Weber. DJe: 09/11/2012.



BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Processo nº 020.784/2005-7*. Relator Marcos Vinicius Vilaça. DOU 30/08/2006.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Súmula nº 331*. Resolução 174/2011. DEJT 27, 30 e 31/05/2011.

CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEZZI, Eder. Desenvolvimento do estado e eficiência: novos horizontes na atuação da advocacia pública. *Publicações da Escola da AGU: Trabalhos Vencedores do concurso de Monografias da AGU em 2009-2010*. Brasília, 2012.



---

## INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO: O PAPEL CONSTITUCIONAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*PRIMARY AND SECONDARY PUBLIC INTEREST: THE CONSTITUTIONAL  
FUNCTION ASSIGNED TO THE STATE ATTORNEY FOR BRAZIL*

---

*Carlos Vítor de Oliveira Pires*

*Advogado da União em exercício na Procuradoria da União no Tocantins  
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Interesse público; 1.1 Noções sobre o conceito de interesse público – a supremacia do público sobre o privado; 1.2 Interesse público primário e secundário; 2 O papel constitucional da Advocacia-Geral da União: defesa do interesse primário ou secundário; 2.1 Breves notas sobre a caracterização constitucional da AGU; 2.2 A defesa do interesse público; 3 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** Este artigo se dedica à análise do papel atribuído à Advocacia-Geral da União (AGU) pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), à vista dos conceitos doutrinários de interesse público primário e secundário. Inicialmente, estuda-se a caracterização do conceito de interesse público e sua reconhecida divisão em primário e secundário, segundo apontado pela doutrina, destacando a necessidade de que o administrador os avalie, guiado pela proporcionalidade, diante de cada caso concreto. Em seguida, examina-se a missão institucional pertinente à AGU, de acordo com seu perfil jurídico, fixado pela Constituição, e sua importância ante o Estado e o direito dos cidadãos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional Brasileiro. Interesse Público Primário e Secundário. Advocacia-Geral da União.

**ABSTRACT:** This paper addresses the function assigned to the State Attorney for Brazil by the 1988's Constitution of The Federative Republic of Brazil, in view of the doctrinal concepts of primary and secondary public interest. Initially, it's studied the characterization of the concept of public interest and its recognized division in primary and secondary, as indicated by proper doctrine, highlighting the need for the administrator to assess them, guided by proportionality, in view of each particular situation. Right after, it evaluates the institutional mission that touches upon the State Attorney for Brazil, according to its legal profile, set by the Constitution, and its importance to the State and the citizen rights.

**KEYWORDS:** Brazilian Constitutional Law. Primary and Secondary Public Interest. State Attorney for Brazil.

## INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 e a redemocratização, o papel do Estado brasileiro vem passando por uma reconstrução à luz dos valores afirmados no ordenamento que se inaugurou e das novas exigências oriundas das vicissitudes de uma sociedade que, para a própria fortuna, se faz mais atenta aos direitos que detém.

Nesse cenário que se descortina, a Advocacia-Geral da União (AGU), como instituição estatal com plexo de atribuições antes direcionadas ao Ministério Público, tomou forma, avançou em relevância e, paulatinamente, como haveria de ser, tem se firmado como ente indispensável para a consecução das funções estatais.

Conquanto se possa antever no ordenamento, eis que instituída como função essencial à justiça (art. 131 da CRFB), a posição central da AGU no modelo estatal perfeito em 1988, notam-se ainda certos embaraços quanto à definição de sua missão, seja em razão de sua recente formação e da confusão proveniente da anterior vinculação de suas funções ao Ministério Público, seja em virtude de certa nódoa que em si ainda persiste, impingida por sua própria atuação – a exemplo da ideia de que o Estado sempre recorre, muitas vezes imotivadamente, a todas as instâncias jurisdicionais possíveis, a abarrotar o Judiciário e fazer lento um processo que se propunha célere.

Observado esse contexto, destina-se este artigo a analisar a função constitucional imputada à AGU à vista dos conceitos doutrinários de interesse público primário e secundário, mormente em face do desenvolvimento e da maior solidez que a instituição logrou após sua criação e dos ditames diferenciados que, no presente, têm orientado sua ação.

De modo mais preciso, aqui se busca estudar, principalmente na teoria, mas sem perder de vista o aspecto prático, se a AGU, de modo diverso ao que já apontado por abalizados doutrinadores, presta-se efetivamente à defesa de interesses sociais de primeira relevância ou se, ao revés, restringe-se, como um órgão de advocacia em acepção convencionalmente estrita, à perseguição das conveniências da pessoa jurídica (“cliente”) cuja representação judicial e extrajudicial lhe foi cometida.

## 1 INTERESSE PÚBLICO

### 1.1 NOÇÕES SOBRE O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO – A SUPREMACIA DO PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

A ideia de interesse público amolda-se entremeada de notória vagueza, porquanto seu delineamento perpasse por certo esforço

explicativo ante a abstração que lhe é intrínseca, mas também de singular relevância, pois é conceito sempre, por variadas razões, lembrado pelos juristas e que, nas atividades práticas, o operador corriqueiramente invoca como se estivesse a ele atento para, assim, revestir de legitimidade a tese que professa.

Trata-se de noção, sabe-se bem, cujo estudo teórico se atém precipuamente ao direito administrativo, como um de seus tópicos introdutórios, mas cuja importância, sem dúvida, transcende os lindes daquele ramo para tangenciar elementos, *v.g.*, de direito civil e processual. Assim sendo, se muitas vezes é o interesse público associado ao Estado e seu papel, certamente ele há de orientar este ente quando atua não só no aspecto estritamente administrativo, mas também nas demais vertentes, como a processual e a tributária.

Ao se dizer público um interesse, assoma à mente a contraposição a outro que privado seja. Essa natural formulação mais força ganha quando se nota que amiúde a expressão se acompanha do termo “supremacia” – a famosa supremacia do interesse público, a cujo respeito sintetizou Hely Lopes Meirelles, em relação à missão da atividade administrativa: “sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum”<sup>1</sup>.

Entrelaçando as ideias de público e privado, pontua Celso Antônio Bandeira de Mello que não há entre elas embate na formação do conceito de interesse público, pois não poderia este, autonomamente, se desvencilhar dos interesses das partes, constituindo-se, na verdade em uma dimensão qualificada dos interesses de cada indivíduo – em suma, seria o interesse deste enquanto membro sociedade<sup>2</sup>.

Vê-se aí, por um lado, uma construção simples, mas, por outro, e talvez em razão dessa simplicidade, que se faz dotada de precisão, pois, sob risco de incorrer em paradoxo, não poderia haver interesse do todo desvinculado do das partes que o compõem, mormente se se admitir que é o interesse público o grande escopo do Estado, que existe, concisa mas precisamente, para viabilizar a vida em sociedade e prover as necessidades desta.

A noção de interesse público, de fato, associa-se à de sociedade – esta como titular daquele, embora, como dito, aquele não se estreme de uma origem particular. A esse respeito, discorre Diógenes Gasparini:

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 43.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 59-60.

Este [interesse público] é o que se refere a toda a sociedade. É o interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro. Nesse sentido é a lição de Plácido e Silva (Vocabulário jurídico, 10. ed., Rio de Janeiro, Forense, v. 2, p. 498): “Ao contrário do particular, é o que se assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendam de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham para uma necessidade coletiva”<sup>3</sup>.

Ao pensar-se no interesse público como a faceta coletiva dos interesses privados, entrevê-se, até de modo natural, um vetor a lhe erigir primazia sobre estes, caso colidam. Deveras, o princípio da supremacia do interesse público traduz a ideia de preponderância em face de interesses estritamente individuais. Trata-se de orientação que consubstanciaria condição de existência da própria sociedade<sup>4</sup> – e que, em alguma medida, remete ao “pacto social” preconizado por Jean-Jacques Rousseau ao lecionar sobre as bases da formação da vida em coletividade.

Como efeito desse princípio, reveste-se o Estado, ente teleologicamente voltado a garantir a estabilidade do corpo social, de determinadas prerrogativas e instrumentos peculiares em sua atuação – do qual é exemplo comumente citado a desapropriação. Fosse o Estado ordinariamente confrontado pelos interesses menores afetados por seu proceder, ver-se-ia ele tolhido no cumprimento de seus objetivos e, por conseguinte, restaria irrealizável a manutenção da unidade de dado grupo, porquanto seus componentes teriam suas discrepantes vontades sempre postas acima das diretivas de caráter geral.

Essa é a posição apascentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem “se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual”<sup>5</sup>.

Nessa toada, ainda que possa o princípio da supremacia do interesse público servir de pretexto para a prática de arbitrariedades, não se pode de todo dissentir de sua imprescindibilidade para a operação da engrenagem estatal, no sentido de autorizar a administração a adotar posturas de coercibilidade mais elevada ante interesses estritamente particulares, sempre em real benefício para a sociedade. Não à toa é esse princípio apontado como pedra de toque do direito administrativo<sup>6</sup>.

3 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 8-9.

4 MELLO, op. cit., p. 96.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 69.

6 *Ibidem*, p. 55.

A propósito, retomando-se, de passagem, aquela divisão entre público e privado, tem-se visto corrente, de reconhecida proficiência, que contesta a dita supremacia, principalmente em função da primazia constitucionalmente conferida aos direitos fundamentais, que, muitas vezes, veiculam pretensões cingidas à esfera privada.

Representante desse novo ideário, Daniel Sarmento apregoa:

[...] divisamos uma absoluta inadequação entre o princípio da supremacia do interesse público e a ordem jurídica brasileira, como também pelos riscos que sua assunção representa para a tutela dos direitos fundamentais. Parece-nos que o princípio em discussão baseia-se numa compreensão equivocada da relação entre pessoa humana e Estado, francamente incompatível com o *leitmotiv* do Estado Democrático de Direito, de que as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos<sup>7</sup>.

Com efeito, há que se reconhecer que, na afirmação da supremacia do interesse público sobre o privado, observada a definição segundo a qual é aquele a dimensão coletiva dos interesses individuais, reside certa contradição, eis que se teria a supremacia de um interesse privado (ainda que “qualificado” e de defesa atribuída a ente que não seu titular propriamente dito) sobre outro da mesma natureza.

Nesse particular, assiste razão a Gustavo Binjenbojm ao defender que não há como se asseverar, de antemão, a primazia de dado interesse sobre outro, impondo-se ao administrador um exercício de ponderação, em face do caso concreto, para, de modo legítimo, divisar o interesse cuja proteção lhe incumbe. De modo mais preciso:

Assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que agindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização<sup>8</sup>.

7 SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.) et al. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 27.

8 BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.) et al. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 152.



À parte a discussão, é certo caber ao Estado, como razão de sua existência, a realização do interesse público, por vezes nominado bem comum, embora, consabidamente, tanto não signifique que todo interesse estatal seja, *ipso facto*, público. Este, em verdade, é anterior e, como dito, constitui missão do Estado. A aclarar essa distinção, é prestativa a divisão conceitual do interesse público nas categorias de primário e secundário.

## 1.2 INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO

A par sua razão de ser materializar-se no provimento dos interesses sociais, o Estado é concebido como pessoa jurídica, ou, em outros termos, é ente dotado de personalidade e, por isso, apto a encetar relações e defender interesses em nome próprio.

Consoante acima alinhavado, destina-se a figura estatal, em regra, à salvaguarda de interesses titularizados por outrem (a sociedade), tomando-os como seus, mas, malgrado a tal, a princípio, não devesse se dar, pode vir a defender, quiçá sob rótulo disfarçado, direitos cingidos à proveitos exclusivamente seus.

De fato, seja em função de alguma conveniência peculiar ou possibilidade de grande oneração, seja em virtude de errônea avaliação fática perpetrada por um de seus agentes, pode o Estado resvalar na insistência em patrocinar interesse diverso do que, em um juízo de ponderação, se configure como público respeitante à cura de bens socialmente relevantes.

Segundo afamada doutrina<sup>9</sup>, diz-se público secundário o interesse cuja proteção interessa exclusivamente ao Estado, em função de uma conveniência sua enquanto pessoa jurídica, e público primário o interesse social propriamente dito, que, este sim, cabe à administração buscar. Veja-se que ambos, primário e secundário, são visados e personalizados pelo Estado – um, porém, é de seu interesse exclusivo (o secundário) e, o outro, transcendente, remetendo à coletividade.

A respeito da diferenciação, de modo notavelmente didático, disserta o professor Luís Roberto Barroso:

O interesse público *primário* é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público *secundário* é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla

9 MELLO, op. cit., 65.

medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas<sup>10</sup> (Grifo do autor).

Nessa ordem de ideias, pode-se dizer que, em sua atuação, sempre, o Estado defenderá um interesse público secundário, porquanto visto como se seu próprio fosse – afinal, o Estado subjetiva interesses<sup>11</sup> – mas, para abrigar-se sobre o pálio da legitimidade, deve o interesse secundário coincidir com um primário, este o motivo que lhe dá sentido.

Deveras, não obstante se reconheça que pode o Estado, como pessoa jurídica que é, assim como as demais entidades de mesma natureza, erigir interesses próprios, só lhe é dado atuar em prol da consecução dos interesses da sociedade que o fundou. Celso Antônio Bandeira de Mello explana:

[...] o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender os seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam [...]<sup>12</sup>.

Noutro bordo, é cediço que, ante dada situação concreta, não se faz, em todo tempo, de pronto detectável o interesse juridicamente caracterizado como público primário, mormente ante bens em contraposição. Nessa dita dificuldade, é dizer, mais uma vez se corrobora a tese, acima exposta, de que incumbe ao administrador, a cada caso com que se defronta, aferir, segundo um método proporcional de ponderação, qual o interesse cuja satisfação há de ser empreendida pelo Estado.

Ao cabo da avaliação ponderativa, pode o gestor, por equívoco ou mesmo por amparar alguma veleidade estatal inoportuna, apontar como digno interesse que não seja exatamente o comportado em tom lídimo – ou, em outras palavras, sagrar interesse secundário em detrimento do primário. Nesse ponto, diga-se de passagem, se destaca a pertinência das

---

10 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (org.) et al. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. XIII.

11 MELLO, op. cit., p. 65.

12 Idem, p. 66.

instâncias internas ou heterônomas de controle do ato administrativo e respectiva possibilidade de acesso a quem interessar.

Nesse passo, a firmação de um interesse como público primário pode, destarte, como repetidamente se dá, arrojar-se em querela cuja solução decorra de maior delonga e da intervenção de terceiros. Tal querela, inclusive, pode surgir indiferentemente, isto é, haja o gestor corretamente ou não eleito como público primário interesse assim posto pela ordem vigente.

Precisamente nesse embate acerca da inserção de um interesse público na categoria “primário” ou “secundário”, suscita-se a relevância do órgão encarregado da representação (judicial e extrajudicial) do Estado. Promover a defesa do juízo a que chegou o administrador ao sopesar as circunstâncias do caso, num primeiro instante, seria o papel do advogado público, mas, se ele aí se queda ou não, cumpre perquirir-se.

## **2 O PAPEL CONSTITUCIONAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: DEFESA DO INTERESSE PRIMÁRIO OU SECUNDÁRIO**

### **2.1 BREVES NOTAS SOBRE A CARACTERIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**

Talvez como uma representação da confusão que comumente se estabelece entre noções que, como se viu, são distintas, antes de promulgada a Constituição da República de 1988, cabia ao Ministério Público Federal exercer tanto a defesa dos interesses transindividuais quanto atuar em nome da União em juízo. Um mesmo órgão, portanto, ora zelava pela defesa dos interesses do Estado, ora pugnava pela salvaguarda de bens não raro avessos à política estatal.

Tal unidade, decerto, acarretava duplo inconveniente: primeiro, tornava o *parquet* indesejavelmente atado a volições estatais, quando, muitas vezes, recaí-lhe de atuar contra diretivas vindas do Estado; segundo, privava o Estado de um órgão focado nos seus interesses e especializado em erigir teses jurídicas que os salvaguardassem.

Atenta a uma separação que já tardava, o constituinte de 1988 albergou o Ministério Público como instituição permanente, atribuindo-lhe o matiz de função essencial à justiça, conferindo-lhe, todavia, maior autonomia e independência em relação ao Estado. Na nova ordem, como grande inovação, a defesa da União passou a ser atribuída a uma instituição própria, também surdida como função essencial à justiça – a Advocacia-Geral da União. Sobre os dois órgãos, assim se dispôs:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

[...]

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.

Apartado do Ministério Público Federal a defesa do Estado enquanto pessoa jurídica, foi instituída a Advocacia-Geral da União (AGU) como ente encarregado de exercer a representação judicial e extrajudicial da União e de prestar consultoria e assessoramento ao Poder Executivo.

Ministrou-se à União, nesse passo, um órgão próprio a prover respaldo jurídico a suas políticas públicas e a postular em juízo, de modo direto e especializado, a higidez dos atos que adota. Nas palavras de Leonardo Cacao Santos La Bradbury:

[...] a AGU é uma função essencial à Justiça, ao lado do Ministério Público, da Advocacia privada e da Defensoria Pública, o que, a priori, já demonstra a importância da instituição elevada a nível constitucional. [...] A AGU, ao ser conceituada pela CF/88 como uma “instituição, ressalta seu caráter de órgão permanente, perene, que possui interesses e objetivos específicos a proteger e resguardar, em face do ordenamento jurídico pátrio<sup>13</sup>.

13 BRADBURY, Leonardo Cacao Santos La. Advocacia-Geral da União: órgão de defesa de direitos fundamentais e aplicador da nova hermenêutica constitucional. *Publicações Escola da AGU: Trabalhos Vencedores do Concurso de Monografias da AGU em 2009-2010*. Brasília, n. 15, p. 45-84, fev. 2012. p. 49.

Embora a princípio não inserida, segundo a Constituição de 1988, na estrutura do Executivo, eis que insculpida em capítulo diverso do reservado àquele, a AGU guarda com este Poder claro vínculo, pois é ela responsável pelo amparo consultivo do Executivo e, ainda, por caber ao Presidente da República, livremente, nomear seu chefe, não se atando, inclusive, a membros concursados integrantes da carreira e não submetendo sua escolha ao crivo do parlamento.

Por outro lado, no atinente à atuação judicial e extrajudicial, verifica-se, a indicar que o papel da AGU transcende a moldura do Poder Executivo, que é ela responsável pela representação da União como um todo, não importando a origem orgânica do ato ou interesse cuja tutela é instada a empreender. Assim, *e.g.*, se impugnado judicialmente um concurso público realizado autonomamente pelo Legislativo ou uma licitação deflagrada pela administração do Judiciário da União, não é senão a AGU que militará pela validade dos atos, porquanto neles se tem órgãos adstritos a esse ente federal central.

Embora controversa a posição, segundo César do Vale Kirsch, a propósito da inserção constitucional da AGU e das atribuições que lhe foram cometidas, ela teria natureza de órgão de Estado, postando-se como função essencial à justiça e desvinculada da cadeia de qualquer dos três poderes que compõem a União<sup>14</sup>.

Não obstante instituída em 1988 pela nova Constituição, a estrutura da AGU só veio a ser fundada e, suas atribuições, mais especificamente reguladas cinco anos mais tarde, com a edição da Lei Complementar nº 73/93.

Trata-se, o nome já indica, de um órgão de advocacia, mas, a princípio, de uma advocacia diferenciada. A esboçar essa distinção, a Constituição de 1988 exara a AGU em tópico reservado a si e as Procuradorias dos Estados do Distrito Federal, apondo-lhes o rótulo de advocacia pública, apartada da de cunho privado, sendo ambas, em todo caso, essenciais à Justiça.

A distinção apontada não é vã. Se a AGU se dedica à defesa de interesses de pessoa jurídica revestida de natureza e atribuições peculiares, igualmente especial há de ser o seu proceder. Deveras, a atuação do advogado deve ser estritamente adequada aos interesses próprios de seu cliente. Com a AGU, doravante se verá, não calha ser desavindo.

---

14 2003 apud BRADBURY, 2012, p. 55.

## 2.2 A DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO

Relembrando o que já dito, o Estado é titular de interesses enquanto pessoa jurídica e, naturalmente, buscará a todo tempo a sua efetivação. Entrementes, consoante explanado, a atuação do Estado somente se caracteriza legítima quando, para além de intentar a consecução de sua vontade enquanto pessoa jurídica, visar atingir bens de maior estatura, pertinentes à sociedade que o edificou – o interesse público primário, portanto.

Como órgão de advocacia que é, a AGU, evidentemente, se dedica de forma parcial à defesa da União e, por conseguinte, proclamará sempre o acerto dos atos por ela inicialmente pensados como representativos do interesse público primário, acabem eles por ostentar efetivamente ou não essa natureza.

Com essas ponderações, e mormente dado o anterior atrelamento das atribuições da AGU ao Ministério Público, poder-se-ia de pronto pensar que, apartadas as respectivas incumbências pela Lei Maior de 1988, teria o *parquet* mantido em seu círculo atribuições concernentes ao interesse primário e, instituída a AGU, afastando-se confusões, dir-lhe-iam respeito os interesses secundários, a se concretizarem por meio da defesa intransigente das políticas da União.

À primeira vista, é exatamente essa a lição ministrada por Luís Roberto Barroso:

Embora não tenha sido objeto de elaboração doutrinária mais densa, conforme registrado acima, essa distinção [entre interesse público primário e secundário] não é estranha à ordem jurídica brasileira. É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Aliás, a separação clara dessas duas esferas foi uma importante inovação da Constituição Federal de 1988<sup>15</sup>.

A separação em comento, operada pela vigente Carta, aviu, indubitavelmente, a superação da incongruência de se concentrar num só órgão competências que, em não raras oportunidades, se mostravam contraditórias, bem como se deferiu ao Estado a existência de um aparato que, sob regime de dedicação exclusiva, patrocina judicial e extrajudicialmente suas deliberações. As inconveniências antes emanadas da indevida união, destarte, foram deitadas abaixo.

15 BARROSO, 2010. p. XIII-XIV.

A criação da AGU e a atribuição a si de funções antes dirigidas ao Ministério Público, todavia, não enseja a conclusão de que unicamente este passou a tutelar o interesse público primário, cabendo àquela a defesa do secundário. Essa conclusão pode ser expressada, como claramente o fez o professor Luís Roberto Barroso – que, aliás, já cerrou fileira em Procuradoria de Estado –, com finalidade unicamente didática e para se ressaltar a importância do aparte fincado pelo constituinte. Tecnicamente, contudo, a ilação não procede.

De modo simplificado, pode-se dizer que, tendo em vista que a atuação legítima do Estado se dará tão-somente quando perseguir o interesse público primário, idêntica orientação deve tomar a AGU, dado que, como instituição de advocacia, deve realizar os precisos interesses queridos por seu cliente. Se públicos primários são eles, por eles também zelará a AGU.

Não é outro o pensamento externado por Bradbury:

Desta forma, necessário se faz enfatizar que o fato dos membros da AGU atuarem em juízo com parcialidade ou na fase consultiva, na defesa dos interesses da União, suas autarquias ou fundações, não retira o seu compromisso ético com o respeito e a busca da efetivação dos valores constitucionais e legais que sustentam nosso ordenamento<sup>16</sup>.

Bem assim, embora tenha função advocatícia, a AGU é também órgão de Estado e, nessa condição, está sujeita à consecução dos mesmos objetivos que justificam a existência deste e há igualmente de se guiar pelos princípios elementares do ordenamento jurídico que lhe dá forma. Aliás, tão marcante é essa nota que se diz, sem unanimidade mas com grande acerto, caber à AGU, mais especificamente, a defesa do Estado, e não do governo. Oportuna é a explicação de Rommel Macedo:

À luz do papel de controle de legalidade e legitimidade desempenhado pela Advocacia-Geral da União, garantidor de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, trata-se, em ambos os casos, de uma advocacia de Estado, na medida em que se age na defesa de princípios constitucionais que não se alteram pela simples mudança de governo, nem se submetem aos momentâneos interesses partidários<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Bradbury 2012, p. 58.

<sup>17</sup> MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 131.

Está assente que recai sobre a AGU, por conseguinte, tanto por lhe caber defender quanto por integrar o Estado, perseguir interesses que toquem à sociedade – incumbe-lhe, pois, *e.g.*, não olvidar ao administrador os princípios regentes de sua atividade, agir à luz dos fins com que a Lei dá razão ao Estado e protestar pela realização dos direitos fundamentais. Tem-se a notícia, inclusive, de que, por meio de ato interno vinculante (Parecer nº GQ-111, aprovado pelo Presidente da República em 05 de junho de 1996), a própria AGU já manifestou ser obrigação sua substanciar o interesse público primário<sup>18</sup>.

Apesar de serem esses os ideais que iluminam o desempenho de suas funções institucionais, é de se reconhecer que a advocacia pública, ainda na atualidade, não se esquivava de nódoas oriundas de uma atuação que, se dita esteada em estrito cumprimento do dever por um lado, por outro, se revelou demasiadamente intransigente na cura de interesses estatais que, após transcorrer processual usualmente largo, se viram puramente secundários. De fato, é muito propalada a ideia de que “o Estado recorre sempre” e sem motivo, postergando feitos de resultado esperado e, assim, maculando a imagem da advocacia pública perante o Judiciário e a sociedade.

Noutro bordo, e no que tange à advocacia pública federal mais especificamente, alguns indicativos abstratos e, precipuamente, práticos dão conta de que, conquanto ainda lhe pesem nas costas as ditas pechas, a AGU, mais ainda à medida que amadurece, está atenta a vetores que vão de encontro ao interesse público primário.

Como primeiro exemplo de referencial teórico da busca pelo interesse público, a Lei Complementar nº 73/93, diploma orgânico da AGU, proíbe seus membros de contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotado pelo Advogado-Geral da União (art. 28, inciso II). A conferir dimensão concreta a esse preceito, e aqui tangendo apenas as súmulas, apesar da edição inicialmente comedida (a primeira foi cunhada em 1997), setenta já foram editadas até o momento. Com base nesses enunciados, podem (devem) os membros da carreira deixar de contestar ações ou de recorrer em causas com tese já sedimentada no Judiciário, a primar pela efetividade e celeridade da função jurisdicional.

Ao deixar, diante de um enunciado administrativo de natureza vinculante, de exercer a defesa de seu “cliente”, infere-se que adjetivo público (e primário) que acompanha a função advocatícia de Estado outorga-lhe, primeiro, distinção em relação à praxe dos causídicos privados de defender

18 BRADBURY, *op. cit.*, p. 58.



o mandante a qualquer custo e, segundo, a obrigação de agir atenta àqueles interesses estatais que coincidam com os da sociedade.

Outro significativo exemplo que, ao atender ao interesse público, resultou até em edulcorar a imagem da instituição, é o programa de redução de litígios, encabeçado pela Procuradoria-Geral da União (PGU), que viabilizou, em geral por meio da desistência de recursos com arrimo em pareceres, a extinção de grande número de causas em que a intervenção da União seria sabidamente baldada e, conseqüentemente, apenas protelatória. Como fruto desse plano, economizaram-se principalmente ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) horas de labuta despicienda, seja adiantando-se o desfecho de processos, seja permitindo à Corte dedicar tempo às causas que realmente merecem atenção, sendo a grande favorecida, sem dúvida, a sociedade.

Medidas como as citadas satisfazem o interesse público em duas vias: primeiro, dão lesto termo a ações cujo resultado já é conhecido, a economizar o labor dos que operam a função jurisdicional; segundo, denotam que a atuação da AGU está voltada às causas que realmente demandem seu esforço, a fazer com que outros – e até mais acedentes – sejam os olhos dos julgadores que apreciam seus petítórios.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ser instituída pela Constituição de 1988 como órgão de Estado, a AGU está juridicamente vocacionada para a consecução de interesses públicos primários, coadunando-se com a natureza e fins do ente que patrocina. Tal direcionamento teórico, mais e mais, tem recebido a companhia da atuação prática de seus membros, que, pautados pelas diretivas que a AGU assumiu, concretizam a real missão institucional a ela cometida.

Por sua recente criação – mesmo hoje há certa confusão de suas atribuições com as do Ministério Público –, a AGU tem certo terreno a galgar para consolidar-se como instituição imprescindível ao Estado – e a própria União, aliás, ainda hesita em compreender a real importância do órgão responsável por fazê-la andar em caminho seguro quanto à juridicidade. Sem embargo, é possível dizer, mormente à vista de suas últimas conquistas, que, por meio da defesa da União, é a AGU entidade de primeira relevância na salvaguarda dos princípios fundantes do Estado, do patrimônio público e dos direitos fundamentais – instituição, pois, também no plano dos fatos, essencial à justiça.

**REFERÊNCIAS**

- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (org.) et al. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.) et al. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. Advocacia-Geral da União: órgão de defesa de direitos fundamentais e aplicador da nova hermenêutica constitucional. *Publicações Escola da AGU: Trabalhos Vencedores do Concurso de Monografias da AGU em 2009-2010*. Brasília, n. 15, fev. 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.) et al. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

---

# OS DIREITOS SOCIAIS E A ATIVIDADE CONSULTIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*THE SOCIAL RIGHTS AND THE GENERAL ATTORNEY OF THE  
UNION'S CONSULTING ACTIVITY*

---

*Clemens Emanuel Santana de Freitas*  
*Advogado da União em exercício na Conjur/MDIC*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves considerações acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais; 1.1 A evolução histórica no âmbito brasileiro; 1.2 As gerações (dimensões) dos direitos fundamentais; 2 Os direitos sociais e as políticas públicas; 3 A Advocacia-Geral da União: evolução e breves considerações acerca da atividade consultiva; 4 Os direitos sociais e atividade consultiva da Advocacia-Geral da União; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo intenta demonstrar a importância da atividade consultiva e de assessoria jurídicas desempenhadas pela Advocacia-Geral da União na formulação e implementação das políticas públicas e, conseqüentemente, na concretização dos direitos sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Sociais. Advocacia-Geral da União. Consultoria e Assessoramento Jurídicos.

**ABSTRACT:** The present article intends to demonstrate the importance of the consulting activity and judicial counseling performed by the Office of the Attorney General of the Union in the formulation and implementation of public politics and, by consequence, in the concretization of the social rights.

**KEYWORDS:** Social Rights. Office of the Attorney General of the Union. Judicial Consulting and Counseling.

## INTRODUÇÃO

Os direitos sociais, considerados direitos de segunda geração, exigem uma atuação positiva do Estado, razão pela qual, são denominados direitos prestacionais. Em decorrência dessa característica, a sua concretização demanda maior esforço do poder público.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a Advocacia-Geral da União passou a ser a instituição responsável pela representação judicial e extrajudicial da União, bem como pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal.

Ademais, ante a inegável ligação entre os direitos sociais e as políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Executivo, importante tecer considerações acerca da conceituação da política pública e seus estágios.

Assim, considerando que a atividade consultiva da Advocacia-Geral da União possui papel fundamental na implementação das políticas públicas do Poder Executivo Federal, o presente artigo analisa de que forma a atuação do Advogado Público contribui para a concretização dos direitos sociais.

### 1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de tratar especificamente sobre a questão, vale ressaltar que parte da doutrina faz uma diferenciação entre o significado de direitos fundamentais e o significado de direitos humanos. Para esta vertente doutrinária, a expressão “direitos humanos” é apropriada para os documentos internacionais. Já “direitos fundamentais” são entendidos como os direitos humanos positivados no ordenamento interno de cada Estado. Nesse sentido, afirma Lúcia Barros Freitas de Alvarenga<sup>1</sup> (1998, p.):

Observa, portanto, grande tendência em reservar a expressão direitos fundamentais para os direitos humanos positivados em nível interno e direitos humanos para as declarações e convenções internacionais. Assim, o critério distintivo baseia-se, única e exclusivamente, nos graus de concreção positiva destas duas categorias.

Esse posicionamento é também defendido por Ingo W. Sarlet ao afirmar que a expressão “direitos humanos” tem maior amplitude que a expressão “direitos fundamentais”, que é mais restrita. Segundo o referido

---

<sup>1</sup> ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

autor<sup>2</sup>, direitos fundamentais podem ser entendidos como “conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado”.

Contudo, sem desconhecer tal celeuma doutrinária, e para não transbordar o cerne do presente artigo, as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” serão aqui utilizados como sinônimos.

Com efeito, o reconhecimento da importância da proteção dos direitos fundamentais surgiu e criou força, sobretudo, no decorrer da história, depois de grandes mudanças no quadro político e social da sociedade. A consciência da dignidade do ser humano, considerando seus direitos básicos, pode ser compreendida como o reflexo dessas mudanças, as quais passaram a exigir urgentemente normas concretas que reconhecessem e garantissem, de certa forma, os direitos do ser humano, até então carentes de um amparo no bojo do ordenamento jurídico.

Esses aspectos supramencionados podem ser facilmente detectados e compreendidos com base numa breve análise acerca de alguns acontecimentos que marcaram e propiciaram a conscientização da importância dos direitos fundamentais como ponto base para a organização de um Estado de Direito.

O ponto chave para a formação desse Estado de Direito pode ser considerado a limitação do poder dos governantes. Para essa limitação, foi de fundamental relevância o surgimento de leis escritas, com eficácia geral, que abrangem todos os indivíduos que convivem em uma sociedade.

A sociedade que é considerada como pioneira no advento das leis escritas foi a sociedade grega de Atenas. A lei escrita na sociedade ateniense recebia o nome *nomos* que, como definiu Aristóteles, é uma regra que emana da prudência (*phrônesis*) e da razão (*noos*). Porém o *nomos* tinha uma importância muito mais ampla e profunda do que as leis modernas. No entanto, as leis não escritas também tinham importância nessa sociedade.

A sociedade ateniense era regida pela soberania popular ativa, em que o cidadão ateniense, além de escolher seus representantes, votava de forma direta as grandes questões políticas. É prudente ressaltar, contudo, que mulheres, estrangeiros e escravos eram excluídos desse processo de participação política.

Em se tratando da sociedade romana, a forma utilizada para a limitação do poder do governante foi um sistema complexo de controles

---

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

recíprocos da sociedade pelos diferentes agentes políticos, conforme afirma ainda Fábio Konder Comparato<sup>3</sup>, que trata o governo romano como um “governo moderado”. A lei escrita, na sociedade romana, era a *leges latae* ou a *leges rogatae*. Nesse contexto, surgiu na sociedade romana a expressão *jus gentium*, que pode ser considerada como o direito comum a todos os povos, que não pode ser entendida como um direito internacionalmente reconhecido, como se vê atualmente. A *jus gentium*, assim sendo, tratava de normas apenas para o vasto Império Romano.

Com o fim do Império romano, começou o período da Idade Média, marcada em sua maior parte pelo feudalismo, em que as questões políticas e econômicas ficaram um pouco esquecidas, tendo os valores cristãos grande importância, período este chamado de “Alta Idade Média”. Nessa época, os reis, que até então eram apenas considerados como uma classe privilegiada, passaram a reivindicar por maior poder, até então pertencente à nobreza e ao clero. Por conta dessa tentativa de concentração de poder, que havia perdido força desde o período da sociedade ateniense, surgiram as primeiras insatisfações, marcadas pela criação da Magna Carta, em 1215, na Inglaterra.

No período conhecido como “Baixa Idade Média”, a classe dos comerciantes passou a ganhar espaço e a reivindicar maior importância perante a sociedade. Essa classe de comerciantes passou a ser conhecida como burguesia, que habitava os burgos novos, locais à margem dos grandes castelos da época e que podiam ser considerados como o “território da liberdade individual”, conforme Fábio Konder Comparato<sup>4</sup>.

Depois da Idade Média, iniciou-se uma época em que o que predominava era a concentração de poder nas mãos dos monarcas (monarquia absoluta). Foi em decorrência desse panorama que o valor de liberdade sobressaiu como uma forma da burguesia (classe em ascensão) disputar por um espaço diante dos desmandos do poder monárquico. Porém, inicialmente, essa liberdade defendida nesse período não beneficiava todas as pessoas, e, sim, preferencialmente, o clero e a nobreza. Apenas mais tarde é que esse valor de liberdade se estendeu à burguesia rica, que já possuía bastante importância no período.

Ainda nesse período, a igreja possuía um imenso poder, na medida que atribui o poder do soberano como um poder que emanava de Deus, fazendo que o cidadão se tornasse submisso ao Estado.

Portanto, é importante ressaltar que o cristianismo, até então, foi o que mais defendeu os direitos fundamentais, sempre, porém, fazendo a

3 COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

4 COMPARATO, op. cit.

ligação entre o ser humano e o ser divino. Acontece que a igreja defende a importância do reconhecimento dos direitos inerentes ao homem, sem, no entanto, instrumentalizá-los diante do Estado, como se infere do que afirma Vanessa Flain dos Santos<sup>5</sup>:

De qualquer sorte, não serviu, o Cristianismo, para institucionalizar os direitos da personalidade contra o Estado. Ou seja, houve um poder advindo de Deus, valorizando a pessoa humana, mas não houve instrumentalização às garantias ou mecanismo a sua proteção.

A Revolução Francesa, por sua vez, trouxe em seu bojo uma ratificação dos mesmos princípios de liberdade e igualdade, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 1º, que prevê: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.

Surge, assim, a “democracia moderna”, que tem como objetivo primordial a garantia à classe em ascensão de uma liberdade necessária para o desenvolvimento de suas atividades comerciais. Percebe-se, portanto, que a democracia surgida nesse período foi um meio político criado pela burguesia para alcançar a tão almejada liberdade e acabar, de certa forma, com os privilégios do clero e da nobreza, que eram as classes privilegiadas até então.

Sendo assim, a liberdade e a igualdade almejadas nesse período não eram conquistas voltadas para o povo, mas, sim, direcionadas, sobretudo, para a camada burguesa rica, com o objetivo de acabar com os privilégios das classes estamentais e com a hegemonia monárquica, que eram um entrave para o desenvolvimento comercial. Mesmo assim, as conquistas relacionadas à liberdade e à igualdade da pessoa humana alcançadas na Revolução Francesa espalharam-se por todo o mundo em pouco tempo e serviram como uma importante base para as futuras declarações voltadas para a proteção e reconhecimento dos direitos humanos.

O reconhecimento e proteção desses direitos passam a ter ainda mais relevância com o advento do Iluminismo, quando aparece também a ideia do Contrato Social. Nessa fase, o racionalismo possui grande influência e o ser humano passa a ser considerado, assim, o centro do universo. Com isso, direitos como o direito à vida, à propriedade, à liberdade, à igualdade passaram a fazer parte do sistema sócio-político do Estado, que não era responsável pela introdução desses direitos no ordenamento, mas apenas tinha o Estado o dever de preservar a observância desses direitos, visto que eles eram considerados inerentes a todo e qualquer ser humano.

<sup>5</sup> SANTOS, Vanessa Flain dos. *Direitos Fundamentais e Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em: 27 ago. 2013.



Sendo assim, fica evidente que tais direitos tiveram nesse momento histórico, sobretudo, o condão de servir como limite ao poder concentrado do Estado, além de garantir à burguesia o espaço necessário para que esta crescesse e formasse a base do capitalismo atual.

A partir daí, surge a necessidade de se reconhecer os direitos fundamentais relacionados aos aspectos econômicos e sociais, tendo em vista as grandes mudanças ocorridas na sociedade nesse sentido, como a Revolução Industrial, sobretudo após as declarações de direitos norte-americanas e a declaração francesa, de 1789.

Ao se tratar dessa necessidade de reconhecimento dos direitos do homem de caráter econômico e social, vale ressaltar a influência do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. A imagem da pessoa humana deixa de ser vista como algo abstrato, passando a ser relacionada com a realidade da época, na qual a miséria, a fome e outros problemas sociais se alastravam pela sociedade.

Da segunda metade do século XIX até a 2<sup>o</sup> Guerra Mundial, houve a primeira fase de internacionalização dos direitos fundamentais, manifestando-se em três setores, conforme afirma Fábio Konder Comparato<sup>6</sup>: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado. Sobre esses setores, três documentos podem ser observados e considerados como marcos, quais são: a Convenção de Genebra, em 1864; o Ato Geral de Conferência de Bruxelas, em 1890; e a Organização Internacional do Trabalho.

Com a Segunda Guerra Mundial, depois de toda a catástrofe e sofrimento, a sociedade foi mais uma vez obrigada a valorizar cada vez mais a proteção dos direitos fundamentais. Sendo assim, em 10 de dezembro de 1948, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual pode ser considerada como ponto inicial dessa fase atual, em que se verifica uma total internacionalização dos direitos fundamentais.

### 1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO ÂMBITO BRASILEIRO

Considerando o âmbito brasileiro, o reconhecimento da importância dos direitos fundamentais começou desde a Constituição do Império de 1824. Em se tratando dos direitos fundamentais, essa carta constitucional era bastante evoluída para o período, pois além de defender direitos essencialmente individuais, baseada nas declarações americana e francesa, defende também a garantia ao socorro público, à instrução primária gratuita, assim como o ensino médio e as universidades onde seriam ensinadas as ciências e as artes. No entanto, a garantia a esses

6 COMPARATO, op. cit.

direitos era restrita apenas à classe aristocrática da população, logo, excluindo a maioria das pessoas.

A Constituição da primeira República de 1891, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, não alterou muita coisa no que diz respeito aos direitos fundamentais. Esta acrescentou apenas o direito à associação e de reunião, além de incluir o habeas corpus como garantia constitucional, excluindo, porém, o direito ao socorro público e o direito à instrução pública gratuita, previstos na constituição anterior.

Após a revolução de 1930, a próxima constituição só foi promulgada em 1934. O que merece destaque nesta Constituição é que ela pode ser considerada a primeira constituição brasileira a inserir, em seu texto, a garantia aos direitos sociais e econômicos. Porém, a Constituição de 1934 acabou durando apenas aproximadamente três anos, em decorrência do golpe de Estado em 1937, com sua Carta ditatorial.

Em 1946, foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que apresentou capítulos acerca do direito à nacionalidade, do direito político e das garantias individuais. Foram incorporados também nesta constituição, assim como a Constituição de 1934, os direitos econômicos, sociais e culturais.

Com o golpe militar de 1964, duas constituições foram formuladas, prevendo também as declarações de direitos, mas o princípio da segurança nacional sobrepairava sobre a eficácia das demais normas constitucionais, com a criação de uma normatividade excepcional sem contemplação acerca dos direitos da pessoa humana, conforme exprime José Afonso da Silva. Foi, assim, nesse período, de regime fechado, que mais se aprendeu sobre a relevância da proteção dos direitos fundamentais, não apenas de forma abstrata, mas, sobretudo, no sentido da efetivação das normas que tratam da defesa do homem.

A Constituição de 1988 surgiu a partir dessa busca pela efetivação das normas dos direitos fundamentais a partir do Estado. Infere-se, portanto, que a Constituição de 1988 incorporou todo o anseio de um povo que lutava não apenas pelo reconhecimento formal da relevância da proteção desses direitos, como acontecia até então, mas pela aplicação, por meio do Estado Democrático, dessas normas constitucionais de direitos fundamentais do homem como forma imperativa da preservação da dignidade humana.

Partindo desse sentido, a Constituição de 1988 consagra: os direitos fundamentais do homem-indivíduo, os direitos fundamentais do homem-nacional, os direitos fundamentais do homem-cidadão, os direitos fundamentais do homem-social (direitos relativos ao trabalhador,

à seguridade, à educação e à cultura) e os direitos fundamentais do homem-membro da coletividade.

## 1.2 AS GERAÇÕES (DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da evolução histórica, os direitos fundamentais podem ser classificados em gerações: direitos de primeira geração, direitos de segunda geração e direitos de terceira geração. Cada geração possui a sua particularidade de acordo com a situação histórica na qual surgiu, tendo em vista que os direitos fundamentais refletem os anseios da sociedade, podendo mudar a depender do período histórico analisado.

Frise-se que não há uma relação de substituição entre as gerações, mas, sim, de complementariedade. Por isso, o termo “gerações” vem sendo substituído pelo termo “dimensões”, uma vez que aquele passa a ideia de sobreposição entre as diferentes gerações.

Nesse sentido, afirma Flávia Piovesan<sup>7</sup>:

[...] adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a idéia da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade.

A primeira dimensão costuma ser relacionada com a revolução francesa e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Baseia-se no iluminismo e no jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII. Pertencem a essa dimensão os direitos à vida, à liberdade, à propriedade privada, dentre outros.

Afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p.22): “[...] Esses direitos declarados são os que derivam da natureza humana, são naturais, portanto”.

Esses direitos considerados direitos de primeira dimensão surgiram a partir do anseio da burguesia de conseguir uma maior liberdade para desenvolver suas atividades econômicas, uma vez que a interferência do Estado na economia era um obstáculo para o progresso econômico dos burgueses, em ascensão nesse momento histórico. Verifica-se que

7 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

o reconhecimento desses direitos foi imprescindível para a expansão da burguesia e, conseqüentemente, para a expansão do capitalismo.

A principal característica dos direitos humanos de primeira dimensão é a exigência de uma atitude negativa por parte do Estado, ou seja, a principal exigência dessa dimensão é a diminuição da interferência do Estado. Esses direitos de primeira dimensão eram, portanto, direitos voltados ao próprio indivíduo. Eram direitos que resguardavam as liberdades civis e políticas do indivíduo.

Contudo, não era suficiente que o Estado apenas não interferisse nas relações individuais, era necessário que ele garantisse de forma eficaz que esses direitos não fossem violados e, se fossem violados, que fosse garantida a sua restauração.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>8</sup> compartilha o mesmo entendimento:

Em contrapartida desses direitos, o sujeito passivo, em princípio não deve senão uma abstenção, um não fazer. Mas é claro que se o Estado deve, por um lado, abster-se de perturbar o exercício desses direitos, tem, por outro, a tarefa de, preventivamente, evitar sejam eles desrespeitados, e, também, a de, repressivamente restaurá-los se violados, inclusive punindo os responsáveis por esta violação.

Os direitos considerados de segunda dimensão passaram a ser reconhecidos, sobretudo, após o fim da primeira Guerra Mundial, com a Constituição alemã de Weimar em 1919. Porém, antes desta Constituição, outras constituições já consagravam esses direitos, como a Constituição francesa de 1848, a Constituição mexicana de 1917 e a Declaração russa de 1918.

Esses direitos surgiram a partir da evolução do liberalismo econômico, um momento histórico em que enquanto a burguesia enriquecia, a classe trabalhadora (o operariado) sofria uma profunda repressão por conta das deploráveis condições de trabalho.

A partir dessa situação de opressão da classe trabalhadora passou a surgir a necessidade de se conseguir uma forma de reconciliação entre as classes. Nesse sentido, surgiram como formas de resolução para a crise o socialismo democrático, o positivismo e o cristianismo social.

Nessa época, as ideias de Marx, que pregava dentre outras coisas a extinção das classes, ganharam grande influência, servindo de base para o reconhecimento desses direitos. Nesse período, ocorreu o que ficou conhecido por alguns doutrinadores como a “luta de classes”.

8 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

É importante notar que o reconhecimento desses direitos e a reaproximação entre as classes foram as maneiras encontradas pelo capitalismo para combater a crise e não perder a hegemonia diante da ameaça do socialismo que ganhava bastante espaço.

A principal característica da segunda dimensão dos direitos fundamentais é a exigência de uma atuação positiva por parte do Estado. Percebe-se, com isso, que enquanto os direitos de primeira dimensão exigem uma omissão do Estado, os direitos de segunda dimensão têm como característica a interferência do Estado, como forma de reduzir a disparidade social entre as classes burguesa e a trabalhadora.

Os direitos da segunda geração, portanto, devem ser considerados como direitos sociais e econômicos. Uma das formas utilizadas pelo Estado para tentar garantir esses direitos é a garantia institucional, pautada na criação de instituições públicas para a prestação de serviços à população.

Porém, com o reconhecimento desses direito, surge a possibilidade de se exigir do Estado a solução para os problemas sociais, o que pode ocasionar um sobrecarregamento desse Estado. Com isso, é imprescindível se pensar na possibilidade de o Estado conseguir suportar todo esse encargo e não apenas na necessidade da sociedade.

Os direitos de terceira dimensão podem ser entendidos como direitos da solidariedade. A existência e a natureza dessa geração de direitos ainda geram certa discussão entre a doutrina, tendo em vista que se trata de uma dimensão bastante recente, surgida no século XX. Podem ser considerados como direitos de terceira dimensão: o direito à paz, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à conservação do patrimônio histórico da humanidade dentre outros.

Esses direitos surgiram, sobretudo, com a segunda Guerra Mundial, momento histórico em que a interferência do Estado, almejada na época da segunda geração de direitos, ganhou proporções fora dos limites, a ponto de formar os Estados totalitaristas modernos. Uma das consequências dessa interferência estatal exagerada é a violação de alguns direitos pelo próprio Estado.

Tal entendimento pode ser detectado na afirmação de Claude Lefort, citado por Rogério Gesta Leal<sup>9</sup>:

[...] o totalitarismo dos Estados modernos denuncia a formação de uma sociedade despolitizada, em que a indiferença em relação aos assuntos públicos, a atomização, o individualismo, o desencadeamento da competição não mais encontram limites, o que

9 LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997.

acarreta o desmoronamento do sistema de classes e a liberação das massas, de seus quadros sociais, tornados tradicionais; isto é, homens literalmente desinteressados, já que eles não mais possuem interesses para defender, e estão, nesse sentido, prontos para tudo.

Continua Rogério Gesta Leal:

A partir desse quadro e durante a Segunda Guerra Mundial, se produzem em quase todos os territórios envolvidos consideráveis agressões às liberdades pessoais, sociais e econômicas, inclusive envolvendo, no ritmo do terror irascível, indivíduos absolutamente distanciados do tema da guerra.

São direitos pertencentes à coletividade, sendo, assim, direitos difusos. Esses direitos, em sua maioria, não encontram respaldo nas constituições internas, mas, sim, nos textos normativos internacionais.

Quanto às dimensões, vale ressaltar, por fim, que essa classificação encontra alterações na doutrina, tendo em vista que alguns doutrinadores já defendem a existência de uma quarta e quinta dimensões de direitos. Para eles, essas dimensões surgiram, preponderantemente, a partir do avanço tecnológico ocorrido nas últimas décadas.

## 2 OS DIREITOS SOCIAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos sociais, tidos como de segunda dimensão, exigem, para a sua concretude, uma atuação positiva do Estado. Ou seja, eles estão umbilicalmente ligados a uma atividade prestacional do poder público, sendo denominados pela doutrina como direitos prestacionais. Acerca da caracterização dos direitos sociais, afirma Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>10</sup>, *in verbis*:

[...] Como consequência, uma diferente pletora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – *direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.*

10 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

*O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados. (grifos nossos)*

As políticas públicas, por sua vez, caracterizam-se como atividades desenvolvidas pelo Estado para a satisfação do interesse público, assegurando à sociedade o efetivo exercício dos seus direitos fundamentais, dentre os quais, merece destaque a garantia de uma vida digna (dignidade da pessoa humana).

Políticas públicas são ações governamentais voltadas a realizar os objetivos socialmente relevantes, ações estas que são traçadas pela própria Constituição, cabendo ao poder público a difícil tarefa de implementá-las. Conceitua Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior<sup>11</sup>:

Pode-se afirmar que são um conjunto de políticas, programas, projetos e atividades promovido pelo Estado brasileiro, por intermédio de seus órgãos e entidades, destinado a ofertar bens e serviços públicos à população de modo a tornar efetivos os direitos individuais, econômicos, sociais e ambientais previstos no texto constitucional e no ordenamento infraconstitucional.

Ao tratar das políticas públicas, a doutrina costuma dividi-las em etapas/estágios, quais sejam: agenda, elaboração, formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação.

A agenda consiste na definição de uma determinada necessidade dentre as prioridades do Poder Executivo. Ou seja, dentre os vários anseios da sociedade, a agenda caracteriza-se pela definição de qual ou quais desses anseios serão implementados.

Os conceitos de elaboração e formulação estão umbilicalmente ligados. A elaboração diz respeito à análise das opções disponíveis e possíveis para a concretização de determinada política pública. Já a formulação está relacionada à escolha, dentre as possíveis formas elaboradas, daquela opção que apresentará melhor custo benefício.

A implementação, por sua vez, é a organização do aparato administrativo para a efetivação da política pública incluída na agenda, elaborada e formulada. A execução é a efetiva realização da política pública almejada.

---

11 VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. *A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União.*

O acompanhamento e a avaliação consistem, respectivamente, na fiscalização e mensuração da política implementada e executada, permitindo que o administrador público tenha uma noção da real efetividade do programa.

Da análise das etapas sinteticamente conceituadas acima, constata-se que as políticas públicas exigem um constante atuar do Estado.

Assim, resta evidente a relação entre os direitos sociais e as políticas públicas.

### **3 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: EVOLUÇÃO E BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ATIVIDADE CONSULTIVA**

Antes da Constituição de 1988, as atribuições hoje atribuídas à Advocacia-Geral da União eram desempenhadas pelo Ministério Público da União e pela Consultoria-Geral da União. Nesse contexto histórico, a representação judicial da União estava a cargo do MPU e as atividades de consultoria e de assessoramento do Poder Executivo Federal eram realizadas pela Consultoria-Geral da União.

Ao Ministério Público, portanto, cabia o papel de fiscal da lei e o papel de representante judicial da União. Ou seja, a mesma instituição, a depender da situação, ocupava polos contrapostos na mesma relação processual.

A Consultoria-Geral da União possuía como instância máxima a Consultoria Geral da República e era assim composta: Consultoria Geral da República; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Ministério da Fazenda); Consultorias Jurídicas (demais Ministérios, Estado-Maior das Forças Armadas e Secretarias da Presidência da República); Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e fundações; e órgãos jurídicos das empresas públicas, das sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União.

A Carta de 1988, consciente da necessidade de se promover à separação das funções desempenhadas pelo Ministério Público e pela Advocacia Pública, criou a Advocacia-Geral da União, atribuindo a esta os papéis de representação judicial e extrajudicial da União, bem como as funções de consultoria e de assessoramento jurídico do Poder executivo Federal. Nesse sentido, precisas as lições de Jefferson Carús Guedes<sup>12</sup>:

---

12 GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



A Terceira Fase é marcada pelo processo de redemocratização e de estabilização representado pela Constituição de 1988, que, também por isso, pode ser considerado como outra etapa, agora redefinida principalmente pela separação das funções do Ministério Público da União daquela própria da Advocacia da União, como já eram, anteriormente, esses cargos e funções no âmbito estadual. Além disso, inova a Constituição de 1988 pela classificação de diferenciada de instituições que, embora atendam ao objetivo da justiça, não se encontram propriamente inseridas dentro dos Poderes da República: as Funções Essenciais à Justiça, entre as quais está a Advocacia Pública, ao lado da Advocacia, da Defensoria Pública e do Ministério Público.

[...]

A Constituição de 1988 foi, portanto, o grande marco na reestruturação das carreiras jurídicas ligadas ao Estado Federal, e especialmente em relação à Advocacia Pública e o foi também, por prever que no âmbito dos Estados federados existirá, como já existia na maioria deles, uma carreira própria de Procurador para a representação judicial e consultoria desses entes.

A Advocacia-Geral da União encontra guarida constitucional no art. 131 da CRFB, dentre as funções essenciais à justiça. Conforme o texto constitucional, a AGU é a instituição que representa, judicial e extrajudicialmente, a União, cabendo-lhe “as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”. Por oportuno, segue transcrito o art. 131 da Constituição da República, *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.

§ 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.

Com a atual Carta, portanto, concentraram-se numa única instituição as funções de representação judicial e extrajudicial e de consultoria e assessoria jurídica. A partir da criação da AGU, o Ministério Público deixou de ser o responsável pela representação judicial da União. Vale salientar que o art. 129, inc. IX, da CRFB impede que o Ministério Público exerça “a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Outro ponto merece destaque: a AGU foi inserida dentre as funções essenciais à justiça. Ora, considerando que o acesso à justiça é direito de todos, direito fundamental, conclui-se que a criação da AGU dá concretude, conjuntamente com as demais funções essenciais, ao princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do poder judiciário, plasmada no art. 5º, inc. XXXV, da CRFB, segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em atenção à determinação do supramencionado dispositivo constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Dispõe o art. 1º da LC 73/1993:

Art. 1º - A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.

Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.

Tratando da atividade consultiva, escopo do presente trabalho, estabelece o art. 10 da LC 73/93 que cabe à Consultoria-Geral da União, principalmente, colaborar com o Advogado-Geral da União no assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição. Consoante o parágrafo único do mencionado dispositivo, a Consultoria-Geral da União é composta pelo Consultor-Geral da União e pela Consultoria da União.

As atribuições das Consultorias Jurídicas, por sua vez, foram estabelecidas pelo art. 11 da citada lei complementar, *verbis*:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

- I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;
- II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;
- III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;
- IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;
- V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;
- VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:
  - a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;
  - b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

Em relação às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, vale ressaltar, também, a sua competência para fornecer informações à Consultoria-Geral da União e aos órgãos de representação judicial da União, subsidiando e otimizando, assim, a atuação destes.

Consoante o art. 42 da LC 73/93, os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

Por fim, destaca-se que a consultoria e a assessoria jurídica das autarquias e fundações competem à Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União.

#### **4 OS DIREITOS SOCIAIS E ATIVIDADE CONSULTIVA DA ADVOCA-CIA-GERAL DA UNIÃO**

Como restou assentado acima, a concretização dos direitos sociais demanda uma atuação positiva do Estado, um agir estatal. Nesse contexto, é latente a inter-relação existente entre os direitos sociais e as políticas públicas, tendo em vista que, em regra, tais

direitos são implementados por meio da realização dos programas governamentais.

A escolha das políticas públicas que vão sair do papel está umbilicalmente ligada ao juízo de conveniência e oportunidade do Administrador público. Ou seja, a inclusão de determinada demanda social dentre as prioritárias é uma decisão política.

Evidentemente, a Constituição de 1988, por ser analítica e programática, estabelece os direitos fundamentais que devem ser perseguidos pelos poderes públicos. Por tal razão, esse processo escolha das políticas públicas encontra um “norte” no texto constitucional, sendo, portanto, uma discricionariedade relativa ou limitada. Assim, a atuação do gestor público deve estar pautada nas normas constitucionais e infraconstitucionais.

Diante desse contexto, “salta aos olhos” a importância da atividade consultiva, porquanto incumbe ao consultivo a difícil tarefa de propiciar a aproximação da realidade política da realidade jurídica. Isso não quer dizer que compete ao advogado público, simplesmente, dizer sempre “sim” para a política pública, “arrumando” a melhor forma para a sua implementação. A tarefa do advogado público é, sim, uma tarefa de controle prévio. Determinada política pública só subsiste se estiver de acordo com os contornos constitucionais.

A partir da escolha de um determinado programa governamental para a satisfação do anseio social, é imprescindível a análise acerca da adequação dessa decisão política às normas constitucionais e infraconstitucionais. No âmbito federal, tal análise é realizada pela Advocacia-Geral da União.

Não é exagero afirmar que o advogado público participa do nascedouro da política pública, tendo em vista que ele participa da própria formulação dessa política.

Ao tratar das etapas da política pública, afirmou-se que a formulação consiste na definição, dentre os possíveis, do meio que apresenta o melhor custo benefício para sua execução. Nesse ponto, é salutar que antes dessa definição, o gestor público busque o apoio do advogado público, para que este possa verificar qual das opções planejadas encontra maior lastro legal e constitucional. Ou seja, o advogado público realiza uma análise prévia da legalidade e da legitimidade do programa estatal.

Ao tratar do tema, Rommel Macedo<sup>13</sup> destaca, de forma salutar, diferencia a consultoria da assessoria jurídica, nos seguintes termos:

---

13 MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões*

Destarte, cumpre salientar que o assessoramento se distingue da consultoria jurídica. No assessoramento, o advogado apenas orienta a instância decisória, não tendo qualquer responsabilidade sobre a decisão a ser tomada; por sua vez, na consultoria, o advogado possui inequívoca responsabilidade sobre a decisão que será proferida com base no seu parecer jurídico. Mediante o exercício da consultoria jurídica, o advogado emite uma verdadeira “vontade estatal”.

Acerca da vinculação ao parecer jurídico produzido pelo advogado público, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup>, *verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público

---

institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

14 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250.

pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (grifo nosso)

No tocante à atividade consultiva quando da formulação das políticas públicas, merece destaque a atuação do advogado público na análise e elaboração dos atos normativos que dão substrato a tais políticas. No dia a dia da Consultoria Jurídica junto aos Ministérios, por exemplo, é frequente a necessidade de se analisar previamente os atos normativos relacionados às competências afetas ao respectivo Ministério. Tais atos normativos, não raras vezes, objetivam dar concretude, por meio de programas governamentais, aos direitos sociais.

No mesmo sentido, afirma Lilian Barros de Oliveira Almeida<sup>15</sup>, *verbis*:

Assim, as Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, ao assessorarem juridicamente os Ministros de Estado e demais autoridades na elaboração de projetos de lei relacionados à área de sua competência, de iniciativa privativa do Presidente da República (art. 61, §1º, da CF/88), bem como na elaboração de minutas de Decretos, Portarias e Resoluções, contribuem para a promoção e concretização dos direitos fundamentais.

Outra importante vertente da atuação do consultivo da Advocacia-Geral da União é a fixação da interpretação a ser seguida pelo Poder Executivo Federal quando do surgimento de dúvidas acerca do comando constante de determinada norma constitucional e/ou legal.

Assim, quanto maior a participação do Advogado Público na formatação da política pública, menor será o risco de questionamento judicial da opção política adotada pelo Poder executivo.

Ademais, outro ponto importante da atividade consultiva é o fornecimento de informações aos órgãos que cuidam da representação judicial da União, como forma de subsidiar e de otimizar o trabalho da Instituição na eventual hipótese de necessitar defender judicialmente determinada política pública. É imprescindível, portanto, a aproximação entre o consultivo e o contencioso da AGU.

---

15 ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral de União na promoção dos direitos fundamentais. In: *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*, Brasília-DF, ano XI, n. 32, abr./jun. 2012.

## 5 CONCLUSÃO

Constata-se, portanto, que a consultoria e o assessoramento jurídicos desempenhados pela Advocacia-Geral da União possuem fundamental importância na efetivação dos direitos sociais previstos no texto constitucional.

Nos termos do art. 131 da CRFB, a AGU é a instituição que representa, judicial e extrajudicialmente, a União, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo.

Como a política pública necessita estar em conformidade com as determinações constitucionais e infraconstitucionais, a atuação efetiva do Advogado Público na sua formulação possui importância fundamental na concretização dos direitos sociais, que exigem a atuação do Poder Público.

Para tanto, demonstrou-se que a atividade de consultoria e de assessoramento da AGU contribui para a formulação das políticas públicas, ao realizar o controle prévio de tais políticas, ao analisar e/ou elaborar os atos normativos correspondentes, bem como ao fornecer informações aos órgãos responsáveis pela representação judicial da União.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral de União na promoção dos direitos fundamentais. In: *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. Brasília-DF, ano XI, n. 32, abr./jun. 2012.

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997.

MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson

Carús; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SANTOS, Vanessa Flain dos. *Direitos Fundamentais e Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



---

# DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO PELA EMISSÃO DE PARECERES JURÍDICOS

*THE RESPONSIBILITY OF THE PUBLIC ADVOCATE FOR THE ISSUE OF  
LEGAL OPINIONS*

---

*Daniel de Oliveira Lins  
Advogado da União  
Pós-graduado em Direito Público*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Das modalidades de parecer; 2 Da possibilidade de responsabilização do advogado público; 3 Das hipóteses de responsabilidade do advogado público; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Pareceres são os atos por intermédio dos quais os órgãos de consultoria e assessoramento jurídico da Administração emitem suas opiniões. Partindo de tal premissa, buscou-se elencar as modalidades em que podem ser classificados os pareceres jurídicos e, após isso, verificou-se se há possibilidade de responsabilização dos advogados públicos pelo conteúdo exarado em suas manifestações e, em sendo possível, em que hipóteses tal responsabilização poderia dar-se. Nessa esteira, buscou-se traçar um panorama sobre o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do assunto, com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Contas da União e da doutrina sobre o assunto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade. Advogado. Pareceres. Possibilidade. Cortes de Contas. Impossibilidade.

**ABSTRACT:** Opinions are those acts through which the organs and consulting legal counsel of Directors send their opinions. On this track, we tried to list the ways in which they can be classified legal opinions and after that, if there was no possibility of accountability of public lawyers for the content of its manifestations, and it is possible that such cases would be accountability. On this track, we tried to draw a picture about doctrinal understanding and jurisprudence on the matter, with the understanding of the Supreme Court, the Superior Court of Justice, the Court of Accounts and the Attorney General's Office on the subject.

**KEYWORDS:** Responsibility. Lawyer. Opinions. Possibility. Courts of Auditors. Impossibility.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo trazer à baila a questão da responsabilização dos advogados públicos em decorrência da emissão de pareceres jurídicos no bojo do exame prévio para aprovação das minutas de editais de licitação, de contratos, acordos e convênios.

É cediço que a construção do Direito orbita em torno da independência dos pronunciamentos de seus operadores. O Direito, ciência humana, que é, admite respostas diversas para um mesmo problema. O advogado público em sua atuação, possui autonomia e independência funcional para muitas vezes, quando da inexistência de um pronunciamento vinculante, exarar posição jurídica por vezes minoritária, mas que reflete sua profunda convicção sobre o que o ordenamento jurídico diz sobre determinado assunto.

Nessa hipótese, não há falar-se em responsabilização do parecerista. Entrementes, muitas vezes, para o atendimento de orientações políticas dos gestores públicos, o advogado busca forçosamente dar interpretação ao assunto a qual contraria frontalmente a legislação, a jurisprudência, a doutrina sobre tema já pacificado, implicando, por vezes, violação flagrante à legalidade.

Nesse último caso, deve-se cogitar da responsabilização do advogado público, mesmo que o poder decisório, de ordenação da despesa, seja do gestor público, do governante.

Age, portanto, o advogado público imbuído de intenções políticas e não jurídicas, representando o interesse público secundário, qual seja, do governante, situações em que mediante análise mais detida, pode-se verificar atuação dolosa, com erro grosseiro, negligente do operador do Direito, o que o torna passível de responsabilização administrativa, cível e criminal.

Tormentosa, porém, é a questão relativa à prestação de contas e à responsabilização do advogado público perante as Cortes de Contas.

Sob tal prisma, irá desenvolver-se o tema, a fim de buscar-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Contas da União e da mais abalizada doutrina, concluindo acerca das hipóteses em que deve haver a responsabilização do advogado público e se esta poderá dar-se mesmo perante as Corte de Contas.

### 1 DAS MODALIDADES DE PARECER

Inicialmente, antes de adentrar no conteúdo propriamente dito das hipóteses em que é possível cogitar-se da responsabilização do advogado público, necessário discorrer sobre as modalidades de parecer.

Sobre o ponto, discorreu o administrativista Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>1</sup>:

O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato. O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática final do ato. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolhe deverá motivar a sua decisão. O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar sua conclusão.

A primeira hipótese concerne à emissão de parecer facultativo. Refere-se às situações em que a lei não obriga o administrador a solicitar pronunciamento do órgão de consultoria jurídicas, mas, por cautela, ele resolver assim proceder.

Nessa situação, caso o administrador solicite a emissão de parecer ao órgão de assessoramento jurídico, não restará vinculado ao teor da manifestação exarada, de sorte que poderá, motivadamente, decidir em dissonância com as conclusões apresentadas pela assessoria jurídica.

Desta feita, é de meridiana clareza, que, nessa hipótese, a responsabilidade pela tomada de decisão é exclusiva do administrador público, acatando este ou não as conclusões da consultoria jurídica.

Por sua vez, outra modalidade de parecer é o obrigatório. Nesse caso, a lei dispõe que a emissão do parecer jurídico é condição necessária ao aperfeiçoamento do ato administrativo. É o caso da disposição constante do parágrafo único do artigo 38, da Lei Geral de Licitações, que aduz:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[...]

1 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 89.

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Nessa situação, o administrador não fica adstrito, vinculado, em suas conclusões, ao que exarado pelo órgão de consultoria jurídica, podendo decidir, portanto, motivadamente, em contrariedade à manifestação do órgão consultivo.

Entretanto, não poderá o administrador modificar o ato na forma em que submetido à apreciação do órgão jurídico. Caso assim o faça, restará obrigado a solicitar novo pronunciamento da consultoria jurídica.

Conclui-se, portanto, que, em matéria de pareceres jurídicos obrigatórios, a despeito da possibilidade de o administrador agir em contrariedade às conclusões do órgão jurídico, caso resolva modificar o ato na forma em que submetido à consultoria, haverá de novamente submetê-lo à apreciação do órgão consultivo.

Por fim, têm-se as hipóteses de emissão de pareceres vinculantes, situações nas quais o administrador se adstringe a decidir exatamente à luz e nos termos da manifestação exarada pelo órgão de consultoria jurídica. Ou o administrador decide de acordo com o pronunciamento jurídico, ou se exime de decidir.

Nesse caso, o parecer jurídico constitui parte integrante do ato administrativo, não sendo meramente opinativo. Ao revés, possui cunho decisório, vinculando o entendimento do administrador.

## **2 DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO**

Na doutrina e na jurisprudência muito já se discutiu acerca de se há possibilidade de responsabilização do advogado público quando da emissão de pareceres jurídicos e, sendo possível, em que hipóteses poderia cogitar-se de tal responsabilização.

A discussão foi iniciada no bojo do Mandado de Segurança nº 24.073-3/DF, em 2002, sob a relatoria do Min. Carlos Velloso. No mandamus, arguiu-se a inconstitucionalidade do controle do Tribunal de Contas da União - TCU sobre os advogados públicos, além da violação à isenção técnica dos profissionais da advocacia. Alegou o TCU que os pareceres jurídicos “constituem a fundamentação jurídica e integram a motivação das decisões dos ordenadores de despesas”. A essência da responsabilização estaria na conduta dos pareceristas em

não averiguar com o devido rigor nas situações concretas, inclusive com base na doutrina e na jurisprudência pertinentes, a observância dos requisitos básicos para atendimento às exigências impostas pela Lei de Licitações.

Em sentido contrário ao esposado pelo colegiado da Corte de Contas da União, o prefalado relator aduziu que:

[...] pareceres não são atos administrativos, mas opinião emitida pelo operador do Direito, opinião técnico-jurídica.

Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião à qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto.

Ora, o Direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável.

Nessa toada, pronunciamento do Supremo Tribunal Federal foi emitido nos autos do Mandado de Segurança nº 24.584-1/DF, em 2007, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio. É o teor:

ADVOGADO PÚBLICO — RESPONSABILIDADE — ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 — TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO — ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.

MS 24.584/DF — DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator (a): min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 9/8/2007. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 20/6/2008.

Nesse caso, a hipótese era diversa por tratar-se de parecer obrigatório, consoante disposição do art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93. Argumentou o Ministro relator que a hipótese anterior era de simples parecer opinativo, enquanto que, na presente, tratava-se de aprovação da minuta de convênio e aditivos pela assessoria jurídica, exigida pelo art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Ressaltou o Ministro relator que *“o momento é de mudança cultural, o momento é de cobrança e, por via de consequência, de alerta àqueles que lidam com a coisa pública”*, votando pela obrigação de que os impetrantes apresentassem explicações ao Tribunal de Contas da União, e, se fosse o caso, acionassem o Judiciário para afastar as glosas inadequadas que eventualmente poderiam ser feitas pelo órgão.

O Min. Joaquim Barbosa opinou no sentido de que o parecer facultativo, no silêncio da lei, não geraria, em princípio, porque com as ressalvas do dolo e da culpa, responsabilidade. Já o parecer obrigatório atribuiria responsabilidade ao subscritor (compartilhada com a do administrador), e esse seria o caso dos pareceres havidos com base no art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Grifou que *“em tempos de accountability republicana, todas as autoridades públicas, incluindo advogados públicos, deveriam prestar contas por seus atos, razão pela qual denegava a segurança”*.

O Ministro Carlos Ayres Britto também concordou com o relator e votou pela denegação da segurança. Aduziu que a verdadeira acusação seria a de que os agentes administrativos haveriam faltado a seu dever específico de servidores incumbidos da consultoria jurídica. Seria recomendável, à luz do caso, e diante da inexistência de imunidade absoluta de quem quer que fosse, que o Tribunal de Contas chamasse os procuradores para explicações, pelo quê denegava a ordem.

O Ministro Ricardo Lewandowski argumentou acreditando que os advogados públicos, assim como os magistrados, são, em regra, irresponsáveis por suas opiniões, salvo casos de erro grosseiro, com desvio de finalidade, usurpação de competência, com dolo ou culpa, o que parecia ser a hipótese, ele, também, denegava a segurança.

O Supremo, portanto, denegou a segurança, por maioria, entendendo que os advogados públicos poderiam, sim, ser chamados ao Tribunal de Contas da União para apresentar explicações a respeito de seus pareceres e notas técnicas, mas abriu espaço, como não poderia deixar de ser, para questionamentos judiciais na eventualidade de imputações da Corte de Contas em desfavor dos advogados públicos.

Posteriormente, no bojo do Mandado de Segurança n.º 24.631-6/DF, também em 2007, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa,

a hipótese versava sobre imputação do Tribunal de Contas da União em desfavor de procurador autárquico do DNER que proferiu parecer admitindo a celebração de acordo judicial para pagamento de dívida da autarquia. O valor acabou sendo pago, mas por acordo extrajudicial, e isso quando já havia sido emitido precatório. O Tribunal de Contas da União alegava quebra na ordem cronológica do precatório e violação à legalidade, impessoalidade, razoabilidade, indisponibilidade dos bens públicos, moralidade e isonomia. O procurador, na defesa, sustentou a extrapolação das atribuições do Tribunal de Contas da União e o malferimento a dispositivos constitucionais e legais relacionados à advocacia pública.

O Ministro relator, depois de, mais uma vez, ressaltar que não acreditava numa irresponsabilidade absoluta dos advogados públicos no exercício de funções de consultoria, não se podendo assim interpretar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, voltou a discorrer sobre o que considerava os parâmetros ideais para a responsabilização dos pareceristas públicos. Ressaltando a tripartição doutrinária em pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes, indicou sua proposta dos dois parâmetros de responsabilização. Quando a lei nada fala, o parecer é facultativo e não há, com a ressalva do dolo ou do erro inescusável, responsabilidade. Quando a lei vincula a atuação administrativa à manifestação favorável, há compartilhamento de responsabilidades entre administrador e parecerista, e, desse modo, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso. Vejamos o julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa



manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. MS 24631, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250.

Das decisões do Supremo Tribunal Federal, pode-se extrair que:

- (1) os advogados públicos não são absolutamente irresponsáveis no exercício da função consultiva. O contrário, no mínimo, não se coadunaria com a ideia de Estado de Direito;
- (2) os casos de responsabilidade pessoal do advogado público parecerista limitam-se às hipóteses em que comprovadamente tenha agido com dolo ou erro inescusável;
- (3) os advogados públicos podem ser chamados a apresentar explicações junto aos tribunais de contas, desde que as imputações que se lhes façam digam respeito a esse dolo ou erro inescusável;
- (4) pode haver alguma relação entre a obrigatoriedade legal da prolação de parecer e a responsabilização do parecerista: nos casos em que o parecer é obrigatório ou vinculante, o consultor público seria corresponsável pelo ato administrativo.

Em verdade, mesmo em se tratando de parecer obrigatório, este é obrigatório quanto à sua presença, mas não é, e jamais poderia

ser, obrigatório quanto a seu acolhimento: mesmo no caso do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, há consenso, no Supremo Tribunal Federal e nos tribunais de contas, de que a autoridade administrativa pode deixar motivadamente de segui-lo, arcando, é claro, com os riscos.

Dessa forma, percebe-se equivocada a análise da responsabilidade do parecerista a partir da classificação do parecer como facultativo, obrigatório ou vinculante.

Primeiro por não comportar o direito brasileiro a espécie do parecer vinculante, de sorte que não há no ordenamento pátrio hipótese em que o administrador seja obrigado a decidir exatamente nos moldes da manifestação jurídica ou então não decidir. Poderá sempre refazer o ato e novamente submetê-lo a análise da consultoria jurídica. A duas, ao partir-se da presunção de que, por tratar-se de parecer obrigatório, a opinião do advogado compõe o ato decisório.

### 3 DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO

Em verdade, pensar a irresponsabilidade do advogado público não nos parece adequado e nem compatível com o Estado de Direito. Entretanto, necessário frisar que tal responsabilidade deve advir da conduta do advogado público e do nexos causal entre esta e a ação ilegal do administrador.

Nessa esteira, mesmo ante a sua liberdade de opinião, verifica-se que o advogado público pode e deve ser responsabilizado quando agir com dolo, má-fé ou erro grosseiro.

Questão tormentosa, porém, é a possibilidade de responsabilização deste profissional do Direito perante as Cortes de Contas, com, por exemplo, a aplicação de multas pessoais aos advogados públicos cujos pareceres embasaram a prática de ato ilícito pelos gestores de recursos públicos.

A doutrina majoritariamente se posiciona pela possibilidade de responsabilidade dos advogados públicos perante os seus próprios órgãos administrativos ou perante o Poder Judiciário. Nessa esteira, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>2</sup>:

Ainda que houvesse dolo, má-fé, erro grosseiro, falso embasamento doutrinário ou jurisprudencial, a responsabilização do advogado de Estado, que legitimaria aqueles órgãos a aplicar-lhe sanção pelo presumido exercício faltoso de sua profissão, dependeria sempre da prévia prova de culpa ou de dolo, processualmente formada perante

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 63, 2008.

seus órgãos próprios de controle — sejam os corporativos (OAB e Corregedorias, conforme já salientado), seja o Judiciário — e por eles decidida no exercício de suas próprias e indelegáveis competências e, como tal, inafastáveis.

José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella de Pietro e Marçal Justen Filho discorrem no mesmo sentido.

Noutra esteira, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de permitir que o parecerista figure no polo passivo de ação de improbidade administrativa. Vejamos:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO *CUSTOS LEGIS* – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS – SÚMULA 7/STJ.1.

[...] 3. É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.

4. Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no presente caso, não há dolo ou culpa grave. [...]

REsp 1183504/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 17/06/2010.

O Tribunal de Contas da União também se inclina por permitir o controle externo da atuação dos advogados públicos no exercício da função consultiva, sob o argumento de que o parecer integra a motivação

do ato administrativo, estando inseridas no âmbito da verificação a legalidade, a legitimidade e a economicidade, consoante preceitua a Constituição da República. É o teor:

[...] na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexa de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao erário. Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU. [...]

TCU. Acórdão nº 462/2003.

#### REPRESENTAÇÃO. DISPENSA DE LICITAÇÃO SEM AMPARO NA LEI. MULTA. PEDIDO DE REEXAME. IMPROVIMENTO.

1. A indevida dispensa de licitação consiste em infração grave, que enseja a sanção de multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92.
2. Parecer jurídico opinativo não isenta o gestor responsável pela decisão e prática do ato administrativo, sobretudo quando segue orientação manifestamente infundada.

TCU. Acórdão 1020/2008.

Na linha do posicionamento do TCU, tem-se também a doutrina de Jessé Torres Pereira Júnior<sup>3</sup>:

[...] a apuração dessa responsabilidade competirá ao Tribunal de Contas da União, cuja atividade de controle externo contempla, entre outros aspectos, a verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da administração contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades

3 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade do parecerista técnico que opina nos processos de contratação administrativa. *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 25, n. 5, maio, 2012.

federais. O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, fundamenta e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido no âmbito de verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade. Conclui-se que o fato de o autor de parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos não significa que ele se encontra excluído do rol de agentes que estão sob a disciplina da Corte de Controle.

#### 4 CONCLUSÃO

Percebe-se, portanto, uma evolução do entendimento jurisprudencial sobre o assunto, no sentido de que não vigora a irresponsabilidade dos advogados públicos no exercício da função consultiva.

Entretanto, apesar de existir a possibilidade de responsabilização, entende-se que esta se restringe às hipóteses de atuação dolosa, de má-fé, imbuída de erro grosseiro do parecerista ou em se tratando de pareceres vinculantes.

Ainda assim, tal responsabilidade deve ser aferida na esfera administrativa, pelas searas de correição dos órgãos a que vinculados os advogados públicos ou pelo Poder Judiciário.

Ademais, necessário avaliar em concreto o liame causal que une a conduta do advogado à prática do ato ímprobo, ou seja, em que monta a manifestação jurídica influenciou ou foi determinante para a prática do ato administrativo eivado de ilegalidade.

Nessa esteira, permitir a responsabilização do advogado público perante as Cortes de Contas, inclusive com a possibilidade de estipulação de multa pessoal ao advogado pelo órgão de controle externo, viola a liberdade de opinião do profissional de consultoria, cria uma hierarquia entre o seu pronunciamento jurídico e o do órgão de controle externo, como se a interpretação jurídica deste último fosse hierarquicamente superior, ferindo de morte a independência funcional e a autonomia garantidas pela Constituição republicana a estes profissionais essenciais ao controle prévio dos atos da Administração.

Ademais, a nosso sentir, mesmo a convocação do advogado público para prestação de contas acerca do teor de suas manifestações deve dar-se perante o órgão correicional administrativo ou em *ultima ratio* perante o Poder Judiciário, a despeito de manifestação em sentido contrário da Excelsa Corte.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 24.073/DF*, Plenário, 6 nov. 2002. Relator Ministro Carlos Velloso. Diário de Justiça, 31 out. 2003.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 24.584/DF*, Plenário, 9 ago. 2007. Relator ministro Marco Aurélio. Diário de Justiça, 20 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 24.631/DF*, Plenário, 9 ago. 2007. Relator ministro Joaquim Barbosa. Diário de Justiça, 10 fev. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

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

\_\_\_\_\_. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da administração pública. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 6, jan. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MARINELA, Fernanda (Org.). *Leituras complementares de direito administrativo: advocacia pública*. Salvador: Juspodivm, 2008.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* — PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 63, 2008.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade da assessoria jurídica no processo administrativo das licitações e contratações. *Forum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 10, n. 114, jun. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/39090>>. Acesso em: 28 jun. 2011.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Responsabilidade do parecerista técnico que opina nos processos de contratação administrativa. *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 25, n.5, maio 2012.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização*: normas da ABNT para apresentação de projetos de pesquisa. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 22 out. 2012.





---

## UMA POSSÍVEL RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A CONCILIAÇÃO

*THE PROBABLE RELATION BETWEEN THE PRINCIPLE OF  
REASONABLE DURATION OF THE PROCESS AND THE  
CONCILIATION*

---

*Dickson Argenta de Souza  
Advogado da União*

SUMÁRIO: 1 A razoável duração do processo. 1.1 Um direito de todos os homens. 1.2 Um novo princípio? 1.3 Sobre o conceito de razoável. 2 A jurisdição e a pacificação social. 2.1 A conciliação pacífica? 2.2 Vantagens da conciliação. 3 Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O artigo tem por objetivo mostrar que a pacificação social pode ser alcançada pela conciliação e que este meio alternativo de solução de controvérsias representa uma concretização do princípio constitucional da razoável duração do processo. Por fim, demonstra o crescimento da conciliação como uma maneira de aperfeiçoar o acesso à justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pacificação Social. Conciliação. Meio Alternativo de Solução de Controvérsia. Razoável Duração do Processo.

**ABSTRACT:** The article intends to show that social peace can be reached by the conciliation and, in addition, that this alternative dispute resolution method represents a way of realize the constitutional principle of reasonable duration of the process. At the end, it proves the increasing awareness of conciliation as a mean of improving general access to justice in everyday life.

**KEYWORDS:** Social Peace. Conciliation. Alternative Dispute Resolution Method. Reasonable Duration of the Process. Access to Justice.

## 1 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

### 1.1 UM DIREITO DE TODOS OS HOMENS

Processo (*processus*, do verbo *procedere*) significa avançar, caminhar em direção a um fim. Todo processo, portanto, implica a idéia de tempo, de um desenvolvimento a partir de um ponto até o fim almejado.<sup>1</sup>

Para que o resultado de um processo seja satisfatório e eficaz, é imprescindível que o seu desenvolvimento aconteça dentro de um lapso de tempo razoável<sup>2</sup>, sem dilações indevidas<sup>3</sup>, para que não haja comprometimento do direito material em debate, tampouco se torne inócua a decisão proferida ao final.

Com efeito, é de grande interesse do Estado que a prestação jurisdicional seja entregue tão logo reclamada. Por outro lado, é também direito do homem ter uma resposta concreta e efetiva do Estado para os problemas que conduz ao Poder Judiciário, pelas vias do processo.

Pertinente é a observação de NORBERTO BOBBIO<sup>4</sup> no sentido de que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

A duração razoável do processo é um direito fundamental consagrado em diversos<sup>5</sup> documentos internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos.<sup>6</sup>

1 Nesse sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 21: “Processo é palavra que, num de seus vários significados, traduz a idéia de desenvolvimento. Processo é seqüência, é sucessão de atos. Processo, nesta acepção, tem sentido dinâmico, de instituto que tem início, meio e fim, e que, para avançar para outra fase, é impulsionado por prazos e preclusões.”

2 Sobre o tema, cf.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Ano II, número 12, maio/jun. 2006. p. 27- 36.

3 Segundo José Antonio Tomé Garcia, dilações indevidas são “os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal fixado, e, sempre sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários”. GARCIA apud TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 192, São Paulo: RT, ano 36, fevereiro de 2011.

4 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

5 MANENTE, Luciana Nini. Reforma do judiciário, acesso à justiça e efetividade do processo in: *Reforma do judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Bruno Freire e Silva e Rodrigo Mazzei (coords.). Curitiba: Juruá, 2006. p. 485-501.

6 A Magna Carta das Liberdades, editada em 1215, na Inglaterra, pelo Rei João, chamado “O Sem Terra”, já consagrava em seu artigo 40 a exigência de um processo em tempo razoável: “40. To no one will we sell, to no

Modernamente, destacamos a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>7</sup>, subscrita em Roma em 4.11.1950, que proclama em seu art. 6º, 1:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Nessa mesma toada, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)<sup>8</sup>, celebrada em 22.11.1969 e incorporada ao ordenamento jurídico pátrio em 6.11.1992, afirma em seu artigo 8º:

Toda a pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, de trabalho, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Como se vê, a caminhada na consolidação de direitos humanos é difícil e longa. A simples ratificação de um tratado internacional que reconheça determinado direito não garante a aplicação de seu conteúdo. Muitas vezes, chega-se a pensar que a declaração é inútil ou inexistente.

Por força do Pacto de San José da Costa Rica, tratado ao qual o Brasil manifestou adesão em 26.05.1992, a duração razoável do

---

one will we refuse ou delay, right or justice." (Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça.)

7 Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em : 30 jun. 2013.

8 Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-americana.html>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

processo passou a ser uma garantia no nosso direito<sup>9</sup>. Alguns autores até defendem a idéia de que se trata de um direito subjetivo que já podia ser extraído da cláusula constitucional do devido processo legal.<sup>10</sup> No entanto, a mera garantia formal não é, por si só, suficiente para promover o cumprimento eficaz do seu conteúdo.

Pertinente, nesse ponto, é a citação de NORBERTO BOBBIO quando afirma que “os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos”<sup>11</sup>.

Dessa forma, imbuído da vontade de remover o Poder Judiciário do caos em que se encontrava, sobretudo em razão da alegada morosidade processual, e de dotar o Estado de condições efetivas de prestar uma tutela em tempo que não fosse demasiadamente elástico, consolidando em definitivo o direito humano a um processo mais célere, o legislador constituinte, por força da EC 45/04, inseriu o inciso LXXVIII no artigo 5º da CF 88, com o seguinte teor: “*A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*”

## 1.2 UM NOVO PRINCÍPIO?<sup>12</sup>

A razoável duração do processo já estava em vigor no nosso ordenamento jurídico desde o momento em que o Brasil ratificou o Pacto de San Jose da Costa Rica<sup>13</sup>, mas com a Emenda Constitucional

9 Conforme disposto no art. 5º, § 2º, da CF 88: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.”

10 NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

11 Cf. BOBBIO, op. cit., p. 16.

12 José Augusto Delgado entende que a razoável duração do processo é um postulado, que atua com força maior do que a do princípio. O postulado contém uma afirmação incontestável, está acima do princípio. O postulado, portanto, é mais; é uma verdade. Cf. DELGADO, José Augusto. Reforma do poder judiciário, art. 5º, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. Al). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 356. Da mesma forma, merece destaque a compreensão de Humberto Ávila: “Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, não se podem confundir princípios com postulados.”, ao que conclui ser postulado uma norma estruturante da aplicação de princípios e regras. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81-82.

13 Nesse sentido: NICOLITT, André Luiz. op. cit., p. 19; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Da duração razoável do processo. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 24, p. 53-68, jan. 2006.

45 de 2004 ele ganhou maior relevo, passando a constar do catálogo de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

De se concluir, portanto, que a nova norma constitucional é um direito fundamental, que pode ser invocado por qualquer pessoa que se sinta lesado pelo Estado no seu direito público e subjetivo de ter o seu caso concreto julgado em tempo razoável, isto é, sem dilações indevidas.

Sobre o tema, assim se expressa ANDRÉ LUIZ NICOLITT<sup>14</sup>:

A duração razoável do processo está inserta no art. 5º, inciso LXXVIII, da CFRB/88 que trata dos direitos e das garantias fundamentais. Com efeito, sua natureza jurídica não há de ser outra senão um direito fundamental. Trata-se de verdadeiro direito subjetivo público, autônomo, de índole constitucional. Cumpre destacar a posição de certa parte da doutrina que entende que o direito a uma prestação jurisdicional com a máxima presteza já decorria ou do acesso à justiça ou da cláusula do devido processo legal.<sup>15</sup>

A propósito, NELSON NERY JÚNIOR destaca que o devido processo legal é o princípio fundamental do processo civil, a base sobre a qual todos os demais se sustentam<sup>16</sup>. E remata o autor, afirmando que:

14 NICOLITT, op. cit., p. 21.

15 VIANA, Juvêncio Vasconcelos. op. cit., p. 53-68; DINO, Flávio (et ali). *A reforma do judiciário*: comentários à emenda n.º 45/2004. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 9.

16 NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/01 e 10.358/01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32. Nesse sentido, na jurisprudência: E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - ALEGADO CONSTRANGIMENTO AO "STATUS LIBERTATIS" DOS PACIENTES MOTIVADO POR DEMORA NO JULGAMENTO, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE PEDIDO DE "HABEAS CORPUS" IMPETRADO PERANTE AQUELA ALTA CORTE JUDICIÁRIA - EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO - DIREITO SUBJETIVO AO JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS - PRERROGATIVA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - PRECEDENTES - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO, EM PARTE. - O réu - especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação de sua liberdade - tem direito público subjetivo de ser julgado em prazo razoável, sem dilações indevidas, sob pena de caracterizar-se situação de injusto constrangimento ao seu "status libertatis". Esse direito ao julgamento em tempo oportuno, que não exceda nem supere, de modo irrazoável, os prazos processuais, qualifica-se como insuprimível prerrogativa de ordem jurídica, fundada tanto em norma de índole constitucional (CF, art. 5º, LXXVIII) quanto em cláusula de natureza convencional (Pacto de São José da Costa Rica, Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Precedentes. (HC 104931, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-058 DIVULG 20-03-2012 PUBLIC 21-03-2012) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28dila%27%24+e+indevida%24+e+devido+adj+pr+ocesso+adj+legal%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ptned9v>> Acesso em: 30 jun. 2013.

[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

Não é outro o entendimento de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA<sup>17</sup>, quando afirma que:

O que se assegura com esse princípio constitucional é a construção de um sistema processual em que não haja dilações indevidas. Em outros termos, o processo não deve demorar mais do que o estritamente necessário para que se possa alcançar os resultados justos visados por força da garantia do devido processo.

Todavia, não foi essa a postura adotada pela Constituição Federal de 1988. Ao contrário, se revelou completamente explícita com relação às garantias do cidadão no processo, não se limitando a enunciar a existência de um devido processo legal.

Os princípios do acesso à justiça, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do direito à ação, à ampla defesa e ao contraditório emergem do aspecto processual do devido processo legal, mas a cláusula *due process* “prossegue sendo o repositório sintético de todas as garantias em particular, de modo que não será legítimo, por violação a ela, o processo que não atenda a qualquer uma delas.”<sup>18</sup>

Saliente-se, também, o entendimento doutrinário de que o novo inciso constitucionalizou o princípio da celeridade processual, realçando-o e dando-lhe contornos de garantia fundamental.<sup>19</sup>

Percebe-se, então, que o novo dispositivo constitucional veio apenas explicitar o que já estava implícito na Constituição, ou seja, não basta apenas garantir o acesso ao Poder Judiciário, mas oferecer uma

17 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 14. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.59.

18 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 181.

19 Nesse sentido: JÚNIOR, Miguel Reale. Valores fundamentais da reforma do judiciário. In: Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXIV. Abril de 2004, p. 78-82; SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. Al). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, pp. 31-40; SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. Al). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, pp. 41-49; DELGADO, José Augusto. op. cit., p. 357.

resposta - o efetivo acesso à justiça, dentro de um prazo razoável, sob pena de inutilidade do provimento.<sup>20</sup>

Sobre o tema, assim se expressa ALESSANDRA MENDES SPALDING<sup>21</sup>:

O direito processual moderno não se contenta simplesmente com a concessão do provimento jurisdicional; mister se faz que tal provimento seja capaz de legitimamente proporcionar a tutela pleiteada, e isso o jurisdicionado somente conseguirá alcançar se a tutela for tempestiva.

Nesse aspecto, entendemos que a Emenda Constitucional 45/04 representa um avanço, pois deixa claro à comunidade jurídica a preocupação do constituinte com o problema da morosidade processual, embora, esclareça-se, a medida não tenha a pretensão de isoladamente dar-lhe solução.

É consabido, a propósito, a enxurrada de alterações por que tem passado o Código de Processo Civil, como conseqüência do esforço do legislador infraconstitucional em destravar o processo, tornando-o menos burocrático, mais efetivo e célere.

Nesse contexto, cumpre destacar que as modificações realizadas no texto constitucional de 2004, sobretudo a inclusão do princípio da duração razoável do processo, foi um grande estímulo para a reforma do CPC que ora se discute no âmbito do Poder Legislativo Federal.<sup>22</sup>

Enfim, o inciso LXXVIII é só um fôlego para o enfrentamento da problemática atual do processo civil e não reveste caráter de novidade<sup>23</sup>, a despeito de sua recente introdução da Carta Magna, o que denota a preocupação do legislador constituinte com a velocidade da entrega da justiça.

### 1.3 SOBRE O CONCEITO DE "RAZOÁVEL"

A razoável duração do processo, agora ostentando força normativa constitucional, passa a reger, no plano prático, a atuação do magistrado no seu mister jurisdicional.

20 Cf. SPALDING, Alessandra Mendes.

21 Idem, *ibidem*, p. 34-35.

22 O relatório do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/10) foi aprovado, parcialmente, pela Câmara dos Deputados no último dia 17 de julho. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/447931-COMISSAO-APROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-TEXTO-TORNA-JUSTICA-MAIS-AGIL.html>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

23 No mesmo sentido: VIANA, op. cit., p. 53-68.



O Estado, portanto, está obrigado a conferir a particulares, cujo conflito esteja entregue aos cuidados do Poder Judiciário, uma tutela em um prazo razoável, sem dilações indevidas.

Em verdade, o conceito de “razoável duração” é vago, indeterminado e aberto<sup>24</sup>, e não define em termos objetivos quanto tempo o aplicador da lei deverá levar para se chegar a uma decisão adequada e idônea ao caso concreto. Isto, no entanto, não torna a norma inaplicável. É certo que o magistrado deve evitar dilações desnecessárias no curso do processo. Há, pois, um tempo que precisa ser respeitado.

Alguns autores tentam equacionar o problema com a soma dos prazos de cada fase do procedimento ordinário, desde o seu ajuizamento até a prolação da sentença. Dessa feita, teríamos que, em princípio, o prazo razoável para o julgamento de um processo que tramite sob o rito comum ordinário seria de 131 dias<sup>25</sup>.

Dessa forma, o processo deveria ser julgado, numa situação normal, em um menos de um semestre, para que não ofendesse a norma constitucional.

Não se deve olvidar, entretanto, que, diante de um caso concreto, diversas variáveis podem ocorrer e contribuir para que o prazo seja estendido, fato que não é incomum na realidade brasileira em termos de processo.

Por isso, o que se mostra mais adequado é a fixação de parâmetros ou diretrizes para a determinação da razoabilidade na duração do litígio.

Nesse sentido, a Corte Européia dos Direitos do Homem, em julgados que condenaram o Estado italiano a indenizar litigantes por danos morais em razão do prolongamento da demanda, aponta três critérios que devem ser considerados para definição de tempo razoável de duração de um processo<sup>26</sup>:

- a) a complexidade do assunto tratado na causa;

---

24 Em sentido contrário, DELGADO, José Augusto. *op. cit.*, p. 357: “o dispositivo em apreço não tem característica de uma norma vaga, imprecisa, indeterminada que exija, para o seu cumprimento, legislação específica. É, ao nosso entendimento, uma norma precisa e de auto-aplicação.”

25 Nesse sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 59. Cf. ainda: SPALDING, Alessandra Mendes. *op. cit.*, pp. 37-38.

26 Cf.: JÚNIOR, Américo Bedê Freire. Breve análise sobre o direito fundamental à duração razoável do processo. In: SILVA, Bruno Freire e MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reforma do Judiciário, análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2006. pp. 465-470; No mesmo sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil*. Revista de Processo, n. 192, São Paulo: RT, ano 36, fevereiro de 2011. p. 193-210.

- b) o comportamento de seus litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; e,
- c) a atuação do órgão jurisdicional.

Assim, com base nesses critérios, apura-se se uma causa específica se estendeu além do tempo razoável, causando prejuízo às partes e gerando para o Estado, por consequência, responsabilidade civil pela demora injustificável na conclusão do processo.<sup>27</sup>

A duração razoável do processo, por seu conteúdo principiológico e dependente da realidade subjacente, alinha uma moldura dentro da qual são possíveis variadas interpretações. Portanto, somente à vista dos elementos do caso concreto<sup>28</sup> é que se vai definir o que é razoável, com o objetivo de dar efetividade ao preceito constitucional.

Em verdade, o conceito aberto confia a realização do seu conteúdo ao aplicador da lei, muitas vezes cauteloso, outras, sem o mínimo de bom senso. O intérprete, então, traça o limite de sua discricionariedade, fazendo escolhas dentro dessa citada moldura.<sup>29</sup>

Contudo, é de proveito lembrar que há sempre um conteúdo mínimo que deve ser resguardado.<sup>30</sup> A razoabilidade, portanto, tem um núcleo essencial, que abrange o tempo mínimo de apreciação por parte do magistrado, para conhecer a causa e decidir quem tem razão. Por outro lado, contém a expectativa de autor e réu em ver a solução provida, com a análise da causa em juízo.

---

27 Alguns autores entendem que uma vez configurada a lesão a direito líquido e certo a um processo sem dilações indevidas, diga-se em tempo razoável, abre-se caminho para a impetração de mandado de segurança, como forma de se garantir a efetivação do direito à razoável duração do processo. Nesse sentido: BARRUFINI, Frederico Lisere. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista de Processo*, n. 139, São Paulo: RT, ano 31, setembro de 2006. p. 265-279.

28 Cf: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 359; E também: BARRUFINI, Frederico Lisere. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista de Processo*, n. 139, São Paulo: RT, ano 31, setembro de 2006. p. 273.

29 Sobre o tema, confira: BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 8-9.

30 Da mesma forma: SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. Al). *Reforma do judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p.42.

Esse é o pensamento de LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>31</sup>, quando afirma que:

[...] um princípio tem um sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete.

Logo, poderá haver uma controvérsia sobre o que significa esse conteúdo essencial, conforme o ponto de observação do intérprete. Esse é o grande problema dos conceitos abertos, como o da duração razoável do processo, dos quais o nosso ordenamento jurídico está cheio.

Este, particularmente, apresenta imensa carga de subjetivismo que não contribui para a efetiva redução do tempo processual. Na verdade, o legislador transfere ao aplicador da lei a tarefa de resolver os litígios, o que será feito, pela natureza do conceito aberto, conforme o seu sentimento de justiça<sup>32</sup>, sua ideologia ou por outros motivos mais imediatos, o que constitui um poderoso estímulo para o descumprimento da obrigação.

Por isso é impossível determinar em que ocasiões o direito à razoável duração do processo foi vulnerado, porquanto há diversos fatores que deverão ser considerados para se chegar a tal conclusão, tais como: quantidade de pessoas na causa, procedimentos utilizados, espécies de provas a serem produzidas, estrutura do judiciário, desigualdades econômicas, sociais e políticas.

Em verdade, só há duas formas de reduzir o tempo necessário para a realização de uma tarefa: aumentar o número de elementos materiais e humanos empregados na produção ou aperfeiçoar a tecnologia<sup>33</sup>, mas

31 BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 18.

32 “Quando se fala em lei, fala-se sempre em lei interpretada. Não existe lei sem interpretação. A lei é sempre a lei mais a sua interpretação. Cabe ao juiz, interpretando a lei, revelar a justiça que há no seu comando.” V. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A revisão do código de processo civil. In: *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, Ano XXIV, Abril de 2004, n. 75. p. 61-66.

33 É digna de elogios a atuação do Superior Tribunal de Justiça no que concerne à busca de soluções para acelerar o processo. Recentemente, a Corte adotou uma série de práticas inovadoras para agilizar os julgamentos, no esforço de combater a morosidade na prestação jurisdicional. Vale a pena conferir a matéria especial “*STJ adota práticas inovadoras para agilizar julgamentos*”. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108753&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=agilidade](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108753&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=agilidade)>. Acesso em: 27 jul. 2013.

ambas as soluções encontram obstáculos em questões orçamentárias e de políticas públicas, o que conduz o Estado, lamentavelmente, a realizar alterações legislativas como forma de remediar situações-problema e de melhorar o desempenho do processo.

Uma solução, não a única, para a demora processual passa, a nosso ver, pela estreita colaboração entre o povo e o Estado, este pela redução da litigiosidade que lhe é peculiar e aquele pela abertura à prática da conciliação.

## 2 A JURISDIÇÃO E A PACIFICAÇÃO SOCIAL

É lição básica do direito, que se aprende nos primeiros contatos com a disciplina jurídica, a existência de três institutos fundamentais do processo civil: a ação, a jurisdição e o processo.<sup>34</sup>

A ação é o direito público, subjetivo e abstrato de se provocar o Poder Judiciário com vistas à obtenção de uma resposta, ou provimento judicial. O processo é o conjunto de atos destinados à entrega desse produto, sendo instrumento da jurisdição, que, por sua vez, consiste na capacidade que o Estado tem aplicar o direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-o com caráter de definitividade, gerando um estado social de pacificação.<sup>35</sup>

A propósito, a promoção, ou restauração, da paz é o grande objetivo do Estado no exercício de poder orientado para a solução de conflitos interindividuais. Melhor dizendo, “a pacificação é o escopo magno da jurisdição”<sup>36</sup>.

Em verdade, não é necessário mais do que um simples olhar na vida forense para se chegar à conclusão de que judicialização tem sido a forma mais comumente usada para o alcance desse grande escopo da Jurisdição, que é a pacificação social.

Dessa forma, a realização da promessa constitucional de acesso à justiça<sup>37</sup>, ou à “ordem jurídica justa”, se efetiva, de ordinário, pela judicialização dos conflitos.

34 Vale ressaltar que alguns autores ainda incluem a defesa (ou exceção) nessa lista. Cf. CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; Gonçalves, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

35 Pertinente observar que nem sempre a atividade jurisdicional substituirá o desejo das partes, tampouco resolverá conflitos intersubjetivos.

36 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 32.

37 Ressalte-se que, para alguns autores, o acesso à justiça é considerado um direito humano. Sobre o tema, confira: CUNHA, Eduardo Maia Tenório da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Tipologia dos direitos*

A propósito, ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>38</sup> salienta que:

[...] o extraordinário fortalecimento do Estado, ao qual se aliou a consciência da sua essencial função pacificadora, conduziu, a partir da já mencionada evolução do direito romano e ao longo dos séculos, à afirmação da quase absoluta exclusividade estatal no exercício dela.

No mesmo sentido, segue o pensamento de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:<sup>39</sup>

Embora hoje se vá gradualmente reconhecendo o anacronismo de qualquer ideia de “monopólio estatal” na distribuição da justiça, não há negar que ainda assim a *cultura demandista* ou *judiciarista* ainda grassa entre nós, fazendo com que o serviço judiciário estatal seja ainda muito procurado, num crescente e incessante aumento da demanda, a que se tem tentado (equivocadamente) responder com o crescimento desmesurado do Judiciário, tudo ao final resultando na oferta de uma *justiça de massa*, prenhe de carências e deficiências diversas.

Ocorre que o Estado tem sido ineficiente no exercício da jurisdição, isto é, na entrega de uma resposta justa, efetiva e tempestiva para os jurisdicionados que dela se socorrem em busca de solução para os seus problemas.

Essa realidade não passa despercebida da pena de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO<sup>40</sup> quando reconhece que:

[...] no caso do Judiciário, sua legitimidade está hoje a dever efetiva demonstração de sua capacidade para resolver as crises que lhe são submetidas (de certeza, de satisfação, de segurança), em

---

humanos de terceira dimensão e acesso à justiça. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81234>>. Acesso em: 15 ago. 2013. Em igual sentido: CORREIA, Dandara Batista; ALMEIDA, Bernadete de Lourdes Figueiredo de. O acesso à justiça nas práticas de mediação e conciliação: limites na garantia dos direitos. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 58, p. 38-43, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/110>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

38 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 33.

39 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66588>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

40 *Ibidem*.

modo tecnicamente consistente, preservando o sentido do justo, empregando tempo razoável e sem onerosidade excessiva.

Ao demonstrar preocupação com esse cenário, DANDARA BATISTA E BERNARDETE DE ALMEIDA<sup>41</sup> chegam à constatação de que “a concretude do Estado democrático de Direito brasileiro e o Acesso à Justiça na vida da maioria é uma realidade inalcançável. Embora o direito seja por princípio universal, ele é excludente, desigual por não atingir a todos que dele demandam.”

Por esse motivo, “há de ser ultrapassada a ideia de identificar acesso à justiça simplesmente como acesso ao Poder Judiciário”<sup>42</sup>.

O Judiciário, não é, tampouco deve ser considerado, a *ultima ratio*, compreendida como a via, única e última, pela qual tramitam todas as demandas e através da qual será impresso o signo da justiça a qualquer custo, porque há outras possibilidades de resolução dos conflitos.

## 2.1 A CONCILIAÇÃO PACÍFICA?

Nessa crença, há os que já reconhecem o valor de uma solução alcançada por outra via, que não a estatal. ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>43</sup> afirma que “vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes.”

De fato, segundo conhecido adágio a melhor sentença não tem mais valor do que o mais singelo dos acordos. Outros ainda diriam, mais vale um mau acordo do que uma boa demanda.

É que a jurisdição pode até solucionar a lide, sob o ponto de vista jurídico, mas no aspecto social, nem sempre põe fim ao conflito intersubjetivo<sup>44</sup>. Por outras palavras, a tutela jurisdicional, por meio do

41 CORREIA, Dandara Batista; ALMEIDA, Bernadete de Lourdes Figueiredo de. O acesso à justiça nas práticas de mediação e conciliação: limites na garantia dos direitos. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 58, p. 38-43, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/110>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

42 CUNHA, Eduardo Maia Tenório da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Tipologia dos direitos humanos de terceira dimensão e acesso à justiça. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=81234>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

43 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 33.

44 Rodolfo de Camargo Mancuso compreende que “O sentido contemporâneo de jurisdição já se desligou da acepção meramente semântica de “declarar o direito”, seja porque tal função não é mais exclusiva dos órgãos jurisdicionais, mas consente o concurso de outros agentes, órgãos e instâncias, seja porque o simples dizer o direito é muito pouco para que se tenha por atendido o poder-dever de composição justa, efetiva, tempestiva

processo, geralmente, põe fim à crise jurídica, mas na maioria das vezes, em vez de eliminar a controvérsia entre as partes, a incrementa, pois o vencido dificilmente é convencido pela sentença de que o direito da outra parte era melhor do que o dele, o que estende o seu sentimento de descrédito no Judiciário, porquanto não atendeu as expectativas nele depositadas, e intensifica o ressentimento que o acompanha desde antes da judicialização da querela.<sup>45</sup>

PETRÔNIO CALMON<sup>46</sup> ratifica as palavras pretéritas, ao consignar que:

[...] embora o Estado objetive a pacificação social, logra tão somente fornecer segurança jurídica, pois a justiça por ele oferecida não se efetiva em tempo razoável, tem custo elevado, é carregada de tecnicismo e atende apenas aos que logram afastar os diversos obstáculos ao seu acesso.

Em arremate, o autor assinala que “em alguns conflitos, as pessoas envolvidas continuam e continuarão a se relacionar quotidianamente, o que implica a maior exigência pela justiça reparadora e na insatisfação com a justiça formal, representada apenas pela segurança da decisão”.<sup>47</sup>

Nada obstante a entrega da lide ao poder judiciário seja o meio mais utilizado de solução de controvérsias no mundo moderno, consubstanciando o que se denomina de cultura do conflito<sup>48</sup>, nota-

---

e duradoura do conflito, a que faz jus aquele cuja situação é tutelada pela ordem normativa ou ao menos é com ela compatível.” In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66588>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

45 FERRAZ, Taís Schilling. *A conciliação e sua efetividade na solução dos conflitos*. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/web/conciliacao/6>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

46 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 151. No mesmo sentido: CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 34.

47 CALMON, op. cit. p. 152. Em igual sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso: “A facilitação do acesso à Justiça não é sinônimo de e não deve levar à prodigalização ou à banalização desse meio de resolução de conflitos, o qual empenha parcelas cada vez mais importantes do orçamento estatal e, quando logra adentrar o mérito da lide, oferta solução impactante, que polariza as partes em vencedor e vencido, a par de fundar-se numa mirrada retrospectiva (o alegado e provado), que não pensa o porvir e não preserva a continuidade das relações, não raro perenizando as desavenças ou lançando os germens de conflitos futuros.” Cf: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66588>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

48 “Essa cultura, aderente a uma percepção distorcida da justiça oficial, é o que verdadeiramente está à base da crise numérica de processos, não só pelo estímulo à contenciosidade social, como também por impedir que larga parcela dos conflitos deixe de ser encaminhada para outros agentes, órgãos e instâncias, o que

se que o uso de meios não judiciais tem sido bastante difundido. São os chamados equivalentes jurisdicionais ou formas alternativas de solução de conflitos, dentre os quais podemos mencionar a autotutela, a autocomposição e a arbitragem.<sup>49</sup>

Segundo DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, a autocomposição, “é uma interessante e cada vez mais popular forma de solução de conflitos sem a interferência da jurisdição, estando fundada no sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas no conflito mediante a vontade unilateral ou bilateral de tais sujeitos”.<sup>50</sup>

Trata-se de um gênero, do qual são espécies a transação, a submissão e a renúncia. Sem embargo dessa orientação doutrinária, importa destacar que a negociação, a conciliação e a mediação também podem ser compreendidas pela autocomposição.

Nesse contexto, vale a pena transcrever o magistério de DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES sobre o assunto:

Pela negociação as partes transacionam sem a intervenção de um terceiro. Tanto a conciliação – bem mais popular – quanto a mediação são formas pelas quais se busca concretamente a autocomposição, consubstanciadas na interferência de um terceiro entre as partes, que funcionará como um *intermediário* entre eles. Não tem o poder de decidir o conflito, mas pode desarmar os espíritos e levar as partes a exercer suas vontades no caso concreto para resolver o conflito de interesse. A diferença fundamental entre a conciliação e a mediação é a postura do terceiro: na conciliação o terceiro oferece soluções que são fundadas no sacrifício recíproco dos interesses das partes, enquanto na mediação o terceiro não faz propostas, apenas constrói um diálogo entre as partes de forma que elas mesmas resolvam seu conflito, sem que necessariamente tenham que abdicar de parcela de seu interesse. A conciliação é um método extrajudicial de solução de conflitos que possibilita a autocomposição dos sujeitos envolvidos, tendo a figura do conciliador como um veículo de aconselhamento e orientação. Conciliar significa unir, compor ou combinar, realizar um ajuste, acordo ou harmonização.

---

aliviaria consideravelmente a carga que hoje asoberba a Justiça estatal e a impede de ofertar uma resposta de qualidade: justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível.” In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=66588>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

49 Sobre o tema, vale a pena consultar: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo: MÉTODO, 2011.

50 *Ibidem*. p. 6.



Não é outro o entendimento de PETRONIO CALMON<sup>51</sup>, para quem conciliar “consiste no desenrolar de um diálogo entre partes e conciliador, com vistas a encontrar uma posição final para o conflito, que seja aceitável e factível para ambos os envolvidos”.

Digno de destaque é o conceito, simples e preciso, de CESAR FIUZA<sup>52</sup> segundo o qual a conciliação “é o processo pelo qual o conciliador tenta fazer com que as partes evitem ou desistam da jurisdição, encontrando denominador comum”.

Em suma, a conciliação é um mecanismo de solução de controvérsias autocompositivo, em que as próprias partes, por sua vontade, alcançam a pacificação social.

Em arremate ao que exposto, convém prestigiar o paralelo feito por RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO<sup>53</sup> entre a pacificação social obtida pela jurisdição estatal e pela jurisdição privada:

Enquanto os meios alternativos de resolução de conflitos (mediação, conciliação, arbitragem, avaliação neutra de terceiro e suas combinações) revelam atributos atraentes - informalidade, celeridade, confidencialidade, perfil prospectivo, tendencial adesão à decisão alcançada -, já o comando judicial, mormente o condenatório, resente-se de deficiências que o vão desprestigiando aos olhos da população: *perfil retrospectivo*, reportado a acontecimentos pretéritos, não raro irreversíveis; *lentidão*, em virtude mesmo do excesso da demanda e do formalismo procedimental; *imprevisibilidade*, assim quanto à duração do processo como quanto ao seu desfecho final; *onerosidade*, que desequilibra o custo-benefício. Ademais, a solução adjudicada é *impactante*, ao *impor* coercitivamente o peso da decisão estatal, apontando-se ainda que - em boa medida por conta de deficiência curricular nas Faculdades de Direito - o juiz togado não domina com proficiência a multiplicidade de temas, reportados a outros ramos do conhecimento, que hoje afluem à Justiça, ao contrário do que se passa, por exemplo, na arbitragem, onde, amiúde, os interessados escolhem um *expert* no assunto.

No particular da conciliação, merece realce o ensino de RICARDO GORETTI SANTOS<sup>54</sup> sobre suas características:

51 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 105.

52 FIUZA Apud TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 42-43.

53 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66588>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

54 SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 112-113.

[...] a voluntariedade das partes em se submeter ao procedimento; a informalidade e a flexibilidade do procedimento, que por não se vincular a parâmetros rígidos de condução de conflito, pode ter o seu ritmo e forma de desenvolvimento adaptados às particularidades de cada caso concreto; a autoridade das partes na elaboração de decisões mutuamente aceitáveis; bem como a atuação imparcial de um terceiro interventor (o conciliador).

Por derradeiro, é pertinente anotar o que ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>55</sup> chama de disponibilidade objetiva e subjetiva. Esta se refere a qualquer condição especial de uma pessoa que impeça a disposição de seus direitos, a exemplo das pessoas jurídicas de direito público, que só podem atuar nos casos previstos em lei; aquela, diz respeito ao objeto da conciliação, que só é admitida pela ordem jurídica nos conflitos que envolvem direitos patrimoniais de caráter privado.

## 2.2 VANTAGENS DA CONCILIAÇÃO

A par do seu precípuo objetivo de conduzir as partes ao caminho do entendimento, a conciliação vem se destacando como um mecanismo que visa à redução do volume e do tempo de duração dos processos judiciais.

Além disso, saliente-se que a conciliação também se configura como uma nova forma de pacificação social<sup>56</sup> e acesso à ordem jurídica justa, tratamento que tem sido dispensado aos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, em geral.

Nesse sentido, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO<sup>57</sup> propõe uma releitura do inciso XXXVI, do art. 5º, da CF88, que consigna o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, referindo que:

[...] o que o art. 5º, XXXV da CF busca reprimir é a *renúncia abstrata e genérica à justiça estatal*; nada além disso. Naquele dispositivo *não se encontra*, na letra ou no espírito: (i) previsão ou incentivo

55 GRINOVER Apud ALVES, Catarina Bezerra; NETO, José Mário Wanderley Gomes. Criação das centrais de conciliação, mediação e arbitragem em Pernambuco. Uma análise de sua efetividade à luz do novo enfoque de acesso à justiça. In: *Revista do Processo*, ano 37. v. 211, set. 2012. p. 317-346.

56 CORREIA, Dandara Batista; ALMEIDA, Bernadete de Lourdes Figueiredo de. O acesso à justiça nas práticas de mediação e conciliação: limites na garantia dos direitos. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 58, p. 38-43, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/110>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

57 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=66588>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

para a judicialização de todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito; (ii) vedação ou restrição a que as controvérsias sejam auto ou heterocompostas, fora e além da estrutura judiciária estatal; (iii) compromisso ou engajamento do Estado-juiz quanto à resolução do *meritum causae* e oportuna formação de coisa julgada, ou mesmo quanto à real *efetividade* do futuro comando judicial, inclusive quanto ao tempo a ser incorrido ao longo do processo.

Assim, com ANDRÉA PACHÁ<sup>58</sup>, é imperioso reconhecer que:

A conciliação preserva a garantia constitucional do acesso à Justiça e consolida a idéia de que um acordo bem construído é sempre a melhor solução. Com a divulgação necessária, é possível disseminar em todo o país a cultura da paz e do diálogo, desestimulando condutas que tendam a gerar conflitos e proporcionando à sociedade uma experiência de êxito na composição das lides.

A propósito, no últimos anos, com frequência, temos observado várias iniciativas dos poderes públicos<sup>59</sup> no sentido de fortalecer a figura da conciliação como uma alternativa mais eficiente e rápida de reconhecimento de direitos, e de pacificação social, do que o meio tradicional de utilização do poder judiciário para a conformação da controvérsia.

Como exemplo emblemático, podemos citar o trabalho realizado pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>60</sup>, que, desde o ano de 2008, empreende um vigoroso movimento pela conciliação<sup>61</sup>, o qual se revela como uma forma rápida, barata, eficaz e pacífica de se alcançar um acordo e pôr fim a um processo judicial.

O que o CNJ busca, em verdade, é infundir no tecido social um novo paradigma, que prega a fuga da cultura da defesa de direitos

58 PACHÁ, Andréa. *A sociedade merece um bom acordo*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/a\\_sociedade\\_merece\\_um\\_bom\\_acordo\\_dra\\_andreapacha.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/a_sociedade_merece_um_bom_acordo_dra_andreapacha.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2013.

59 No ano de 2013, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ realizou a I Conferência Nacional de Conciliação. Veja a notícia: *Joaquim Barbosa abre I Conferência Nacional de Conciliação nesta sexta-feira*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/25273:joaquim-barbosa-abre-i-conferencia-nacional-de-conciliacao-nesta-sexta-feira>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

60 Merece destaque o Movimento Conciliar é legal, cuja intenção é a de firmar a cultura da mediação e da conciliação. Sobre o tema, acesse a página na internet do Conselho Nacional da Justiça: <http://www.cnj.jus.br/>.

61 Sobre o assunto, merece destaque a *Resolução nº 125*, do Conselho Nacional de Justiça, cuja leitura é recomendável. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

mediante o sistema judicial, para a cultura da ação cooperativa visando o fim dos litígios, com efetividade e rapidez<sup>62</sup>.

Outrossim, é pertinente observar que uma das grandes vantagens do método é que são as partes que constroem a solução para os próprios problemas, com o que tornam-se responsáveis pelos compromissos que assumem.<sup>63</sup>

Esse fato, por si só, nos permite concluir que a conciliação se constitui num mecanismo que promove uma plena pacificação social, porquanto os que se submetem a ela, e de fato veem seu problema solucionado, não carregarão a mácula de vencido ou vencedor, o que contribui para o resgate da capacidade de relacionamento e de interação social dos envolvidos<sup>64</sup>. Por isso se diz que a conciliação é um método pacífico, pois resolve um conflito judicial, não raro pendente há anos, num único ato espontâneo, voluntário e de comum acordo entre as partes.<sup>65</sup>

Além disso, o ato de conciliar significa uma materialização do princípio da duração razoável do processo<sup>66</sup>, porquanto a solução para o conflito será construída numa instância parajudicial, num mero momento de conversa, em que as partes diretamente envolvidas, por interesse individual, farão concessões tendo em vista o desfecho do litígio<sup>67</sup>.

Dessa forma, o tempo que os interessados, de ordinário, esperariam até a produção do ato estatal capaz de conferir a um deles o reconhecimento do direito pode ser, consideravelmente, abreviado, o que gera uma incontestável

---

62 A propósito, convém destacar que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução de nº 125, de 2010, a qual reconhece a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios.

63 É conveniente observar que o descumprimento do acordo pode ensejar o acesso ao Poder Judiciário pelo prejudicado, com o que não se afasta, por completo, a interferência do Estado, que atuará, então, de maneira subsidiária.

64 FERRAZ, Taís Schilling, Ferraz. *A conciliação e sua efetividade na solução dos conflitos*. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/web/conciliacao/6>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

65 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

66 No mesmo sentido: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; VAZ DE MELLO, Ana Flávia Chaves; AMARAL, Tayná Pereira. A conciliação como concretização do acesso à justiça. "(...) a conciliação prima pela solução do problema independentemente da continuidade conflituosa, do desgaste processual e de atos processuais protelatórios, o que corrobora com a efetividade dos preceitos constitucionais, especialmente aqueles concernentes à efetividade e razoável duração do processo." Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_83/adriana\\_sena\\_orsini\\_e\\_ana\\_flavia\\_mello\\_e\\_tayna\\_amaral.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_83/adriana_sena_orsini_e_ana_flavia_mello_e_tayna_amaral.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2013.

67 Nas palavras do Conselheiro José Roberto Neves Amorim, do Conselho Nacional de Justiça: "Na conciliação, o acordo é trabalhado para que todos cedam um pouco e sintam ter construído a decisão, que deve ser o mais justa possível." Leia a entrevista disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/25874:depois-de-dois-anos-no-cnj-na-busca-pela-cultura-da-mediacao-conselheiro-diz-que-sai-satisfeito>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

sensação de vitória, alívio e de reconhecimento do meio conciliatório como um verdadeiro catalisador de justiça.

Isso ocorre porque o grande objetivo dos meios alternativos de solução de controvérsias é contornar a longa duração dos processos, permitindo acesso rápido e efetivo à justiça, oportunizada pelos próprios interessados. Importa ressaltar que o projeto do novo Código de Processo Civil tem como um de seus objetivos o estímulo à solução negociada<sup>68</sup>.

Nesse ponto, vale rememorar que boa parte dos esforços reformadores do processo civil nos últimos anos tem sido orientada a atacar a morosidade da justiça<sup>69</sup>, que, segundo alguns, tem como causas o formalismo exacerbado, o excessivo número de demandas e o pródigo sistema recursal brasileiro<sup>70</sup>.

Por fim, já que o estado social se caracteriza, essencialmente, pelo seu objetivo de realizar a justiça social, tendo o acesso à justiça como princípio norteador<sup>71</sup>, pode-se afirmar que a conciliação, numa visão instrumental do processo, efetiva a jurisdição e concretiza a duração razoável do processo.

### 3 CONCLUSÃO

Após essas considerações, a primeira conclusão a que se chega é a de que o princípio da duração razoável do processo significa um avanço no quadro normativo brasileiro, com reflexos positivos no comportamento não somente dos operadores do direito, mas também dos atores sociais, na medida em que impõe um atuação proativa e consciente em vista de uma rápida e eficaz condução do processo e, por conseguinte, tutela de direitos.

68 Veja a notícia: “*Parte geral*” do substitutivo altera institutos fundamentais do Processo Civil. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI183249,61044-Parte+Geral+do+substitutivo+altera+institutos+fundamentais+do>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

69 Vale a pena conferir os resultados da pesquisa jurídica realizada por João Guilherme de Lima Assafim e que teve como objeto a “morosidade da justiça”. O relatório está disponível em: <[http://www.udf.edu.br/downloads/pesquisas\\_juridicas/morosidade\\_da%20justica.pdf](http://www.udf.edu.br/downloads/pesquisas_juridicas/morosidade_da%20justica.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2013. É de se salientar que o fato de a pesquisa ter sido realizada no ano de 2008 não significa dizer que se encontra desatualizada. Ao contrário, e lamentavelmente, ainda hoje, após inúmeras tentativas de se minimizar o problema da excessiva duração do processo, o tema ainda é atual. A propósito, é esse o foco de atuação da comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Cf. FUX, Luiz. O novo processo civil. In: *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Andrea Carla Barbosa... (et al.); Coordenador Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

70 FUX, Luiz. O novo processo civil. In: *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Andrea Carla Barbosa... (et al.); Coordenador Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

71 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. Al). *Reforma do judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

A segunda é a de que a jurisdição não é a única via para se obter a paz social. Os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, dentre os quais se posiciona a conciliação, tem por lógica facilitar o acesso à justiça, promessa plasmada no catálogo de direitos fundamentais da CF88, de sorte a proporcionar uma solução rápida, barata, eficaz e pacífica.

Outra dedução é a de que a conciliação pode ser considerada como um instrumento efetivo de pacificação social, solução e prevenção de litígios, uma vez que consegue tutelar o direito posto com plena satisfação das expectativas dos envolvidos, que constroem a própria solução para o conflito.

Por outro lado, observa-se que há uma estreita relação de convivência entre a conciliação e o princípio constitucional da duração razoável do processo, na medida em que aquela se configura como uma efetiva via para a concretização do princípio e, por conseguinte, do acesso célere à justiça.

Nesse contexto, o ganho social obtido mediante a utilização de uma via alternativa ao Poder Judiciário para a solução de conflitos é considerável, ao passo que o cenário atual do sistema judicial sinaliza que a conciliação pode ser uma saída para a lenta, cara e ineficaz prestação de justiça.

## REFERÊNCIAS

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

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 14. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CORREIA, Dandara Batista; ALMEIDA, Bernadete de Lourdes Figueiredo de. O acesso à justiça nas práticas de mediação e conciliação: limites na garantia dos direitos. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 58, p. 38-43, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/110>>.

DAVI, Kaline Ferreira. Modos alternativos de um contencioso não jurisdicional e o papel a ser desempenhado por uma Advocacia-Geral da União cidadã. In: *Publicações da Escola da AGU: Trabalhos Vencedores do*

Concurso de Monografia da AGU em 2009-2010 – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, ano IV, n. 15, fev/2012. Brasília: EAGU – mensal.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66588>>.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. revista e atualizada. com as Leis 10.352/01 e 10.358/01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. Al). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.





---

# HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

*ATTORNEY FEES IN FACE OF PUBLIC FINANCE*

---

*Diego Eduardo Farias Cambraia*

*Advogado da União*

*Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Importância do advogado no processo; 2 Dos honorários advocatícios; 3 Dos honorários advocatícios em face da Fazenda Pública e nas ações coletivas; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A importância da pesquisa sobre o tema “Honorários Advocatícios em face da Fazenda Pública” está em esclarecer os pontos relevantes sobre o assunto. O que se pretende com este trabalho, em sentido amplo, é demonstrar as peculiaridades que norteiam o instituto dos honorários advocatícios, em especial os seus critérios de fixação. E, em sentido estrito, pretende-se: esclarecer a sua aplicabilidade em face da Fazenda Pública, dispondo acerca dos diferentes critérios de sua fixação, possibilidade de revisão perante o Superior Tribunal de Justiça, afastando o óbice contido na Súmula 7. Outro tema envolto no assunto diz respeito ao critério diferenciado de fixação de honorários nas ações coletivas, podendo-se adotar o contido no artigo 260 do CPC.

**PALAVRAS-CHAVE:** Honorários Advocatícios. Fazenda Pública. Fixação Ação Coletiva. Revisão.

**ABSTRACT:** The importance of research on the topic “Attorneys Fees in the face of the Treasury” is to clarify relevant points on the subject. What we propose in this paper, in a broad sense, is to demonstrate the peculiarities that guide the institute of legal fees, especially their criteria for setting. And, strictly speaking, it aims: to clarify its applicability in the face of the Exchequer, providing about the different criteria for their attachment, opportunity for review before the Superior Court, removing the obstacle contained in Precedent 7. Another subject matter wrapped in relation to different criteria for setting fees in class actions, and we can take you to in Article 260 of the CPC.

**KEYWORDS:** Attorneys Fees. Treasury. Fixing Collective Action. Revision.

## **INTRODUÇÃO**

Os advogados consubstanciam peça essencial para o bom andamento processual e o respeito ao ordenamento jurídico, sem olvidar a questão de se tratar de um requisito de validade fundamental na quase totalidade dos processos, visto ser o detentor da capacidade postulatória.

Pelo trabalho desenvolvido nas demandas, os causídicos percebem a quantia alcunhada de honorários advocatícios, que podem ter origem tanto contratual (aquela percebida em decorrência do contrato firmado com seu cliente para a propositura da demanda), quanto aquela referente à vitória na demanda judicial, cujos critérios de arbitramento estão estipulados no Código de Processo Civil.

Em demandas em que haja condenação da Fazenda Pública, o CPC possui regramentos específicos para a fixação dos honorários, situação esta que necessita ser bem analisada no decorrer do processo, a fim de que não haja prejuízos indevidos ao Erário.

Sendo assim, ante as peculiaridades que norteiam os honorários advocatícios, é mister exercer um estudo aprofundado acerca da matéria, com especial atenção nas ações coletivas, uma vez que o valor da condenação nestas demandas atinge patamar astronômico.

No primeiro capítulo do presente artigo será abordada a questão referente à importância do advogado para a marcha processual, bem como o modo pelo qual o causídico auferirá renda.

No segundo capítulo, será explanada a questão referente aos honorários sucumbenciais propriamente ditos, com sua definição e verificação da natureza jurídica, bem como critérios de fixação. Ademais, será explorada a questão referente à possibilidade de se alterar o valor estipulado pelo juízo de primeiro grau nas instâncias superiores.

No terceiro capítulo, será demonstrada a aplicabilidade dos honorários advocatícios em face da Fazenda Pública, esmiuçando os critérios de sua fixação, bem como a questão de seu arbitramento nas execuções não embargadas. Outrossim, será dada especial atenção à sua aplicabilidade nas demandas coletivas.

O ponto principal deste trabalho é, pois, estabelecer critérios para a fixação dos honorários advocatícios arbitrados nas demandas em que a Fazenda Pública seja sucumbente, em especial nas ações coletivas.

### **1 ADVOCACIA COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA**

Antes de adentrar ao tema dos honorários advocatícios propriamente ditos, urge tecer algumas considerações que ajudarão a

compreender de uma forma melhor tal instituto, bem como vislumbrar qual a sua importância para o processo.

Preliminarmente, cumpre asseverar que a advocacia, pública e privada, foi alçada pela Constituição Federal de 1988 como função essencial à justiça, conforme se depreende dos arts. 131 a 133, *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.

§ 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. 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.

Art. 133. *O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. (grifo nosso)*

Pela análise dos artigos supracitados, é possível concluir que o advogado é peça fundamental no andamento processual, visto ser ele o detentor da capacidade postulatória.

Nesta toada, cumpre asseverar que o processo civil, para que se desenvolva de maneira válida e regular, precisa estar formado pelos pressupostos processuais, que são divididos em pressupostos processuais de existência e de validade (há doutrinadores que adotam a nomenclatura de requisitos de validade, visto que o processo pode ser instaurado sem estes elementos).

Entre os pressupostos de existência estão os subjetivos (juiz – órgão investido de jurisdição; parte – capacidade de ser parte) e os objetivos (existência de demanda).

Noutro quadrante, os requisitos de validade são divididos em subjetivos (juiz – competência e imparcialidade; partes – capacidade processual e postulatória) e objetivos (Intrínseco – respeito ao formalismo processual; Extrínsecos – Perempção, litispendência coisa julgada e convenção de arbitragem).

Diante disso, urge estabelecer uma diferença entre capacidade de ser parte (pressuposto de existência), capacidade processual e capacidade postulatória (requisitos de validade).

Fredie Didier<sup>1</sup> elenca que capacidade de ser parte “é a personalidade judiciária: aptidão para, em tese, ser sujeito da relação jurídica processual (processo) ou assumir uma situação jurídica processual (autor, réu, assistente, excipiente, excepto etc.)”.

Percebe-se, assim, que estão abrangidas nesse conceito as pessoas físicas e jurídicas (incluídas aí a Fazenda Pública). Também pode ser elencado até mesmo o nascituro, as sociedades de fato e órgãos despersonalizados (Ministério Público, PROCON, dentre outros).

Quanto à capacidade processual, é oportuno salientar que esta se remete à aptidão para praticar atos processuais independentemente de assistência ou representação. A título exemplificativo, é possível elencar o menor de 18 anos. Este tem capacidade de ser parte, visto ser uma pessoa natural, mas não tem capacidade processual, uma vez que necessita estar representado (menor de 16 anos), ou assistido (maior de 16 e menor de 18).

Por outro lado, a capacidade postulatória é prerrogativa inerente ao advogado, regra geral, assim explicitada por Fredie Didier<sup>2</sup>:

Alguns atos processuais, porém, além da capacidade processual, exigem do sujeito uma capacidade técnica, sem a qual não é possível a sua realização válida. É como se a capacidade, requisito indispensável à prática dos atos jurídicos, fosse bipartida: a) capacidade processual;

1 DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 14. ed. v. 1 Salvador: Juspodivm, 2012. p. 247.

2 *Ibidem*, 252.

b) capacidade técnica. A essa capacidade técnica dá-se o nome de capacidade postulatória. Frise-se: há atos processuais que não exigem a capacidade técnica, (por exemplo, o ato de testemunhar e o ato de indicar bens à penhora); a capacidade postulatória somente é exigida para a prática de alguns atos processuais, os postulatórios (pelos quais se solicita do Estado-juiz alguma providência).

A capacidade postulacional abrange a capacidade de pedir e de responder. Têm-na os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público e, em alguns casos, as próprias pessoas não-advogadas, como nas hipóteses do art. 36 do CPC, dos Juizados Especiais Cíveis (causas inferiores a vinte salários-mínimos) das causas trabalhistas e no habeas corpus.

Ora, somente quem auferiu os conhecimentos técnico-jurídicos no decorrer de seus estudos acadêmicos é que pode prestar uma assistência lídima à parte processual, embora a lei faculte, em causas extremamente urgentes (*habeas corpus*), ou em razão do valor e da complexidade da causa (juizados especiais), a propositura sem a assistência técnica, o que, por diversas vezes, ocasiona prejuízo ao indivíduo.

Feita essa explanação, é possível entender as razões pelas quais a Constituição Federal elenca como função essencial à justiça a advocacia, visto ser esta peça fundamental para fazer valer o direito da parte prejudicada.

Outro ponto que demanda comentários diz respeito à relação contratual estabelecida entre a parte processual e seu advogado, nos casos em que tal não se dê por intermédio da Defensoria Pública.

Tal aspecto é de fundamental importância, tendo em vista que os honorários sucumbenciais não são a única fonte de renda do advogado, sendo sua subsistência advinda também dos contratos firmados com seus clientes.

Primeiramente, cumpre estabelecer que o instrumento contratual que regula a relação supracitada é o mandato, tipificado no Código Civil e definido por César Fiuza<sup>3</sup>, como o “contrato pelo qual uma pessoa confere a outra poderes para representá-la. Cumpre, pois, não confundir com mandado, que é ordem judicial para que se faça ou não”.

As características inerentes a tal contrato assim pode ser especificada: típico; puro (não envolve mescla de duas espécies contratuais); consensual; geralmente gratuito, salvo na hipótese em que

3 FIUZA, César. *Coleção Direito Civil – Contratos*. 1. ed. v. 3, Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 300.

há disposição em contrário, ou na situação em que for atividade inerente à profissão do mandatário (advogado); bilateral; de execução futura; *intuito personae* (urge salientar que os mandatos outorgados a advogados comumente possuem cláusulas que permitem a transferência de poderes, isto é, o substabelecimento).

Quanto ao mandato judicial, aquele outorgado ao advogado, é importante discorrer que a cláusula *ad judicium* (procuração geral para o foro) confere os seguintes poderes ao causídico, assim estabelecido no art. 38 do Código de Processo Civil:

Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

No que diz respeito aos poderes excetuados no artigo acima, a procuração deverá estabelecê-los expressamente.

Dito isso, o advogado, para atuar numa determinada causa, percebe o que a doutrina chama de honorários contratuais (aqueles previamente estipulados com o seu cliente), não tendo como única fonte de renda os honorários sucumbenciais (oriundos da vitória em uma demanda judicial).

Sendo assim, urge discorrer acerca de tema bastante polêmico no âmbito processual, que diz respeito ao fato de que, numa determinada demanda judicial, a parte poder requerer, já na exordial, a condenação do réu em honorários CONTRATUAIS.

Ora, a corrente que entende devida a cobrança de honorários contratuais sustenta o fato de que, como a parte contrária que ocasionou prejuízo ao autor e o levou a contratar um advogado para exercer seu direito, esta deverá ressarcir-lo também, das despesas referentes à contratação do causídico.

Tal posicionamento encontra eco em alguns julgados, *in verbis*:

Honorários advocatícios contratuais. Contratação de advogado para o ajuizamento de ação em virtude de negativa de cobertura por plano de saúde, a qual foi julgada parcialmente procedente, reconhecendo o descumprimento contratual, afastando apenas a indenização por danos morais. Relação contratual existente, imputando-se à ré a obrigação de ressarcimento dos honorários contratuais a título de perdas e danos. Recurso provido.

(TJ-SP-APL: 120096020118260114SP0012009-60.2011.8.26.0114, Relator: Maia da Cunha, Data de Julgamento: 11/10/2012, 4<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/10/2012)<sup>4</sup>

Ocorre que é oportuno salientar que tal corrente não encontra guarida na jurisprudência majoritária. O próprio Tribunal de Justiça de São Paulo já reviu seu posicionamento quanto ao tema, prolatando decisão no sentido de que os honorários contratuais constituem relação estabelecida entre o causídico e seu cliente, não podendo gerar obrigações para terceiros:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - COBRANÇA DE VALORES INDEVIDOS - MEROS DISSABORES - DEVOLUÇÃO EM DOBRO - ARTIGO 42 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - RAZOABILIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - VALOR INCLUÍDO NA CONDENAÇÃO - INADMISSIBILIDADE.

1. Os transtornos narrados estão inseridos dentro do piso de tolerabilidade que todos os que vivem em sociedade estão dispostos, daí não decorrendo qualquer dano a ser indenizado. Além disso, a devolução em dobro dos valores cobrados, teve o fim sancionatório (desestimulando o autor do ilícito a reincidir no ato danoso) sem constituir modo de enriquecimento indevido. 2. Os honorários convencionais derivam do mandato e devem ser despendidos pela parte que contrata o profissional, e não se confunde com os encargos da sucumbência. A convenção sobre honorários advocatícios contratuais decorre do que foi estabelecido entre o patrono e seu constituinte. Daí advém tal obrigação. A parte vencida não pode ser obrigada a ressarcir este montante, ainda quando indevidamente tenha dado ensejo à lide. 3. Recurso parcialmente provido.

(TJ-SP - APL: 9254035942005826 SP 9254035-94.2005.8.26.0000, Relator: Artur Marques, Data de Julgamento: 29/08/2011, 35<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/08/2011)<sup>5</sup>

4 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *APL 120096020118260114*. Relator: Des. Maia da Cunha. DJ 17/10/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6264099>>. Acesso em: 26. ago. 2013.

5 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *APL 9254035942005826*. Relator: Des. Maia da Cunha. DJ 17/10/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6264099>>. Acesso em: 26. ago. 2013.



O Superior Tribunal de Justiça, Corte responsável pela interpretação infraconstitucional da ordem jurídica, também já exarou posicionamento indeferindo tal pleito:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO DO RECLAMANTE, COBRADOS AO RECLAMADO PARA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA JULGADA PROCEDENTE. 1) COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, A DESPEITO DE ORIENTAÇÃO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004, MAS EMBARGOS CONHECIDOS DADA A PECULIARIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA; 2) INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR, NO ÂMBITO GERAL DO DIREITO COMUM, RESSALVADA INTERPRETAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO; 3) IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO JULGADO PARADIGMA; 4) EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA IMPROVIDOS.

1.- Embora, após a Emenda Constitucional 45/2004, competente a Justiça do Trabalho para dirimir questões atinentes a cobrança ao Reclamado de honorários advocatícios contratuais despendidos pelo Reclamante para a reclamação trabalhista, conhece-se dos presentes Embargos de Divergência, porque somente ao próprio Superior Tribunal de Justiça compete dirimir divergência entre suas próprias Turmas.

2.- No âmbito da Justiça comum, impossível superar a orientação já antes firmada por este Tribunal, no sentido do descabimento da cobrança ao Reclamado de honorários advocatícios contratados pelo Reclamante: para a Reclamação Trabalhista, porque o contrário significaria o reconhecimento da sucumbência por via oblíqua e poderia levar a julgamentos contraditórios a respeito do mesmo fato do patrocínio advocatício na Justiça do Trabalho.

3.- Manutenção do Acórdão Embargado, que julgou improcedente ação de cobrança de honorários contratuais ao Reclamado, a despeito da subsistência do julgamento paradigma em sentido diverso, pois não sujeito à devolução recursal nestes Embargos de Divergência.

4.- Embargos de Divergência improvidos.

(EREsp 1155527/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 28/06/2012)<sup>6</sup>

Imperioso trazer à baila trecho do voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi no julgado acima, que retrata muito bem o posicionamento do STJ:

Não é cabível o pagamento de indenização referente aos honorários contratuais de advogado pagos para o ajuizamento de reclamação trabalhista, ainda que julgada procedente, porque, ao se admitir que o autor deve ser indenizado nessa hipótese, por simetria, deveria se reconhecer também o direito do réu, em caso de total improcedência dos pedidos, de ser indenizado pelo autor, sendo que este, na realidade, não praticou nenhum ato ilícito capaz de gerar dano a terceiro, tendo em vista que apenas exerceu o seu direito de ação, constitucionalmente garantido.

Desse modo, percebe-se que o tema está pacificado quanto à impossibilidade de pagamento de honorários contratuais auferidos pelo autor.

## 2 DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Pela sua atuação no processo, o advogado vencedor da lide tem direito ao recebimento de honorários sucumbenciais, em respeito à aplicação do princípio da sucumbência adotado pelo Código de Processo Civil, que consiste, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior<sup>7</sup> “em atribuir à parte vencida na causa a responsabilidade por todos os gastos do processo”.

Ressalta-se, no entanto, que nem sempre a parte vencida na lide arca com todas as custas processuais, a exemplo do disposto no art. 22 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que o “réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios”.

6 Superior Tribunal de Justiça. *EResp. 1155527*. Relator: Min. Sidnei Beneti. DJU 28/06/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1155527&bb=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1155527&bb=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

7 THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50. ed. v. 1, Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 92.

Percebe-se então, que o artigo em comento adota o princípio da causalidade, mitigando o da sucumbência. Tal preceito é muito bem explicitado por Nelson Nery Júnior<sup>8</sup>:

Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isto porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo.

Dito isso, passa-se a discorrer acerca de algumas características dos honorários advocatícios.

Primeiramente, cumpre asseverar que os honorários advocatícios, de acordo com o disposto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 22, podem ser divididos em três tipos: honorários contratuais (já esclarecido no decorrer deste trabalho), honorários fixados por arbitramento judicial (quando não tenham sido fixados anteriormente entre as partes, ou na hipótese em que o causídico atua para defender necessitado em localidade não atendida por Defensoria Pública), honorários sucumbenciais (tema do presente trabalho).

Sendo assim, como já explanado anteriormente, os honorários sucumbenciais são aqueles decorrente da vitória em demanda judicial, sendo devidos em decorrência do esforço despendido pelo causídico no processo.

Noutro quadrante, é importante asseverar ainda que os honorários advocatícios são elencados pelo Código de Processo Civil como despesas processuais, em sentido amplo, tanto que é tratado na Seção III, sob a alcunha de “Das Despesas e das Multas”.

Ocorre que o tema é um pouco mais complexo, merecendo um tratamento diferenciado por parte da jurisprudência.

Como citado anteriormente, o causídico, além de comumente perceber os honorários sucumbenciais, também percebe os convencionais, razão pela qual muito se discutiu acerca da natureza alimentar ou não das verbas oriundas da sucumbência.

A corrente que sustenta o caráter não alimentar de tal verba se pauta no fato de que os honorários sucumbenciais têm por característica a ele inerente o recebimento condicionado, isto é, depende da vitória judicial, além da situação já mencionada do recebimento dos honorários contratuais.

8 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 235.

Pondo um fim a tal discussão, o Superior Tribunal de Justiça, atuando no seu mister de guardião da ordem jurídica infraconstitucional, sedimentou o entendimento de que os honorários, ainda que oriundos da sucumbência, possuem natureza alimentar:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUCUMBÊNCIA - NATUREZA ALIMENTAR.

- Os honorários advocatícios relativos às condenações por sucumbência têm natureza alimentícia. Eventual dúvida existente sobre essa assertiva desapareceu com o advento da Lei 11.033/04, cujo Art. 19, I, refere-se a “créditos alimentares, inclusive alimentícios.”

(EREsp 706331/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/02/2008, DJe 31/03/2008)<sup>9</sup>

Ora, o que justifica a alcunha de alimentar aos honorários é a necessidade de seu recebimento para sua sobrevivência, não podendo o causídico contar apenas com o que fora pactuado com o seu cliente.

Ademais, o Estatuto da OAB foi incisivo ao afirmar, em seu art. 23, que os honorários pertencem ao advogado. Deste modo, não resta dúvidas do seu caráter alimentar.

Com efeito, o Código de Processo Civil estabelece um regramento a ser seguido pelo magistrado na estipulação dos honorários sucumbenciais, asseverando o seguinte:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976)

3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

---

9 Superior Tribunal de Justiça. EResp. 706331. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. DJU 20/02/2008. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toe.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=706331&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toe.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=706331&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

a) o grau de zelo do profissional; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

b) o lugar de prestação do serviço; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Dispondo desses critérios, o magistrado deve estabelecer como ocorre a fixação dos honorários advocatícios, isto é, deverá motivar a sua decisão, em consonância com o disposto no art. 93, IX da Constituição Federal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Nélson Nery Júnior<sup>10</sup> elenca bem como deve ocorrer tal fixação:

São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na

10 NERY JÚNIOR ; NERY, op. cit., p. 236-237

comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado.

O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pelas quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária.

Desse modo, percebe-se que tais critérios podem e dever ser levados em conta pelo juiz no momento da fixação dos honorários, atentando para o fato de que, ante a disposição constitucional supracitada, a sua decisão deve ser fundamentada.

Percebe-se, portanto, em causa em que há necessidade de dilação probatória, com oitiva de testemunhas, prova pericial, dentre outras situações, o percentual a ser arbitrado deve ser maior do que naquelas demandas em que há mera discussão de matéria de direito e nas que ocorrem o julgamento antecipado da lide.

Quanto aos critérios especiais de fixação dos honorários advocatícios estatuídos no art. 20, §3º do CPC, tal tema será mais bem delineado à frente, quando haverá exposição acerca dos honorários advocatícios em face da Fazenda Pública.

Um tema que gerou grande controvérsia no âmbito jurisprudencial diz respeito à possibilidade de revisão dos honorários advocatícios pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que, com base na Súmula 7 do referido Tribunal “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, isto é, não é possível que esta Corte proceda ao reexame do contexto fático-probatório dos autos.

Para uma determinada corrente, a supracitada Súmula proíbe que o STJ altere os honorários advocatícios estipulados nas instâncias anteriores, visto que estas se pautaram nos critérios estatuídos no art. 20, §3º e 4º do CPC para sua estipulação, ou seja, tiveram que analisar as questões fáticas do processo, em especial o trabalho despendido pelo advogado na causa.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO EM SEDE ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. VERBETES SUMULARES 7/STJ E 389/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ENUNCIADO SUMULAR 83/STJ. APLICAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que a revisão da verba honorária é matéria incompatível com a via especial, em virtude do vetos contidos nos enunciados sumulares 7/STJ e 389/STF.

2. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula 83/STJ).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1428772/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 13/09/2012)<sup>11</sup>

Entretanto, urge salientar que as Cortes Superiores permitem a interposição de recurso nos casos em que se pretenda a mera valoração da prova, visto se tratar de matéria eminentemente de direito.

Fredie Didier<sup>12</sup>, muito bem explicita essa questão:

É preciso distinguir o recurso excepcional interposto para discutir a apreciação da prova, que não se admite, daquele que se interpõe para discutir a aplicação do direito probatório, que é uma questão de direito e, como tal, passível de controle por esse gênero de recurso.

Com base nesse entendimento é que o STJ, aplicando um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, permite a alteração do valor fixado a título de honorários advocatícios quando o valor arbitrado seja considerado ínfimo ou exorbitante.

O julgado a seguir colacionado reflete bem como se posiciona a jurisprudência do STJ atualmente acerca do tema:

**PROCESSO CIVIL - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - REVISÃO - PREMISSAS FÁTICAS NÃO DELINEADAS NA INSTÂNCIA DE ORIGEM - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ.**

11 Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 1428772*. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. DJU 09/05/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1428772&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1428772&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

12 CUNHA, Leonardo Carneiro; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. 3, Salvador: Juspodivm, 2013. p. 275.

1. Descabe ao STJ revisar valores de sucumbência fixados nas instâncias ordinárias, arbitrados em consideração às ocorrências procedimentais, não passíveis de reavaliação por óbice da Súmula 7/STJ.
2. Em situações excepcionalíssimas, o STJ afasta o rigor da Súmula 7 para exercer juízo de valor sobre o quantum fixado a título de honorários advocatícios, quando irrisórios ou exorbitantes.
3. O Superior Tribunal de Justiça não pode, em recurso especial, refazer o juízo de equidade de que trata o art. 20, § 4º, do CPC, levando em conta as alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do mesmo dispositivo legal, sem que o acórdão recorrido deixe delineada a especificidade de cada caso, porque isso, necessariamente, demanda o reexame do contexto fático-probatório, o que é vedado a esta Corte, nos termos da Súmula 7/STJ.
4. Recurso especial não provido.

(REsp 1377661/AL, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013)<sup>13</sup>

Sendo assim, entende-se que a jurisprudência pacificou o entendimento de ser possível a alteração dos valores fixados a título de honorários advocatícios, quando estes sejam manifestamente irrisórios ou exorbitantes, conclusão esta de suma importância, especialmente nas demandas propostas em face da Fazenda Pública, principalmente em ações coletivas, como será demonstrado mais adiante.

### **3 DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA**

Feita a explanação acerca do instituto dos honorários advocatícios, é possível tecer comentários acerca da sua aplicabilidade em face da Fazenda Pública, pois o próprio Código de Processo Civil traz algumas especificidades.

---

<sup>13</sup> Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1377661*. Relator: Min. Eliana Calmon. DJU 01/07/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1377661&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1377661&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.



Como mencionado anteriormente, o Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 20, §4º disposição especial na fixação dos honorários em face da Fazenda, in verbis

§ 4o Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Ora, percebe-se que, privilegiando o Erário, até mesmo porque as demandas em face do Estado geralmente são repetitivas, o que não exige um grande esforço dos causídicos na elaboração de teses novas, bem como o fato de a condenação da Fazenda Pública poder repercutir perante toda a sociedade, o CPC elenca que o magistrado deverá utilizar um juízo de equidade na fixação da sucumbência, sem olvidar dos critérios já elencados no parágrafo terceiro (zelo do profissional; local da prestação do serviço; natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço).

Cumpra salientar que a equidade diz respeito à situação de aplicação da justiça ao caso concreto, isto é, o juiz fixará os honorários de acordo com as peculiaridades da demanda, não estando adstrito ao percentual estabelecido no *caput* do art. 20 do CPC (10% a 20% do valor da condenação).

Carlos Roberto Gonçalves<sup>14</sup> conceitua a equidade nos seguintes termos:

*A equidade não constitui meio supletivo de lacuna da lei, sendo mero recurso auxiliar da aplicação desta. Não considerada em sua acepção lata, quando se confunde com o ideal de justiça, mas em sentido estrito, é empregada quando a própria lei cria espaços ou lacunas para o juiz formular a norma mais adequada ao caso. É utilizada quando a lei expressamente o permite (grifo original)*

Sendo assim, doutrina e jurisprudência defendem que os honorários arbitrados em face da Fazenda Pública podem ser fixados de forma inferior ao disposto acima, ou seja, é possível seu arbitramento em percentual inferior a 10%, ou até mesmo em um valor fixo.

14 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematizado*. 1. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75.

Nesse sentido, colaciona-se ensinamento de Leonardo Carneiro da Cunha<sup>15</sup>:

Na realidade, restando vencida a Fazenda Pública, a fixação da verba honorária não será, necessariamente, inferior a 10% do valor da condenação. A depender dos elementos dos elementos concretos da demanda, e diante de uma apreciação equitativa que leve em conta os critérios contidos nas alíneas a, b e c do parágrafo 3º do art. 20, o juiz poderá fixar os honorários de sucumbência contra a Fazenda Pública em percentual inferior a 10%, ou até mesmo em valor que se enquadre entre os 10% e 20% previstos naquele mesmo parágrafo 3º do art. 20. Alternativamente, poderão os honorários ser estabelecidos num valor fixo.

Com efeito, é possível até mesmo exarar o posicionamento de que é possível a fixação dos honorários tendo como base o valor da causa, ainda que o CPC elenque como parâmetro o valor da condenação, desde que tal critério se amolde ao juízo de equidade realizado pelo magistrado.

O entendimento aqui discorrido se coaduna com a jurisprudência pátria, conforme se depreende do seguinte julgado, recentemente proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS. ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. CRITÉRIO DE EQUIDADE. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

*1. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade.*

2. Não sendo desarrazoado o valor fixado a título de verba honorária, não cabe a esta Corte revê-lo, sob pena de ofensa à Súmula 7/STJ, por haver necessidade de reexame da matéria de ordem fática, insuscetível de análise pela via especial.

3. Agravo regimental não provido.

---

15 CUNHA, Leonardo *Fazenda Pública em Juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

(AgRg no AREsp 302.689/AL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013)<sup>16</sup> (grifo nosso)

Sendo assim, não resta dúvidas de que os critérios para fixação podem variar de acordo com o caso concreto, justamente pela utilização da equidade, não havendo um rol taxativo a ser seguido pelo magistrado.

Desse modo, percebe-se que o juiz pode se valer dos critérios estipulados na lei (10% a 20% do valor da condenação), aplicação de um percentual inferior ao disposto no CPC, utilização do valor da causa como parâmetro, bem como um valor fixo.

Noutro quadrante, o art. 20, §4º do CPC elenca que, nas execuções embargadas ou não, haverá condenação em honorários, ainda que se realize um juízo de equidade.

Ocorre que tal disposição é vista com temperamentos quando o executado seja a Fazenda Pública, tendo em vista a disposição constitucional que estipula que os pagamentos da Fazenda Pública decorrentes de condenações judiciais, regra geral, demandam a expedição de precatório.

Com efeito, nas execuções em geral, independentemente de a execução estar baseada em título judicial ou extrajudicial, há fixação de honorários advocatícios logo no despacho inicial.

Ocorre que, quando a ré for a Fazenda Pública, há disposição elencada no art. 1º-D da lei 9.494/97 que derogou a disposição do CPC sobre a matéria, no sentido de que “Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”.

Tal artigo, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, foi alvo de bastante polêmica no universo jurídico, pois a Constituição Federal elenca em seu art. 62, §1º, I, *b*, que não poderá haver medida provisória que verse sobre matéria de processo civil.

No entanto, ao analisar a questão, o Supremo Tribunal Federal, decidiu pela constitucionalidade do dispositivo acima citado, exarando posicionamento nos seguintes termos:

I. Recurso extraordinário: alínea “b”: devolução de toda a questão de constitucionalidade da lei, sem limitação aos pontos aventados na decisão recorrida. Precedente (RE 298.694, Pl. 6.8.2003, Pertence, DJ 23.04.2004). II. Controle incidente de inconstitucionalidade e o

16 Superior Tribunal de Justiça. Resp. 302689. Relator: Min. Castro Meira. DJU 05/08/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=302689&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=302689&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de “guarda da Constituição” - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. SE 5.206-AgrR; MS 20.505). III. Medida provisória: requisitos de relevância e urgência: questão relativa à execução mediante precatório, disciplinada pelo artigo 100 e parágrafos da Constituição: caracterização de situação relevante de urgência legislativa. IV. *Fazenda Pública: execução não embargada: honorários de advogado: constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal, com interpretação conforme ao art. 1º-D da L. 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MPr 2.180-35/2001, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, § 3º).* (RE 420816, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2004, DJ 10-12-2006 PP-00050 EMENT VOL-02255-04 PP-00722)<sup>17</sup> (grifo nosso)

Ao se analisar o referido julgado, percebe-se que o STF prolatou decisão adotando interpretação conforme no sentido de que fossem excluídos os casos de pagamento de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, objeto do art. 100, §3º da Constituição Federal.

Sendo assim, quando o caso demande expedição de precatórios, sendo a execução não embargada, não há que se falar em condenação em honorários por parte da Fazenda Pública.

Tal raciocínio tem sua razão de ser, tendo em vista que os honorários têm por supedâneo o princípio da causalidade, isto é, arca com as despesas processuais a parte que deu causa à instauração do processo.

Ocorre que a Fazenda Pública, em face de disposição constitucional elencada no art. 100, possui regramento específico nas execuções de pagar quantia que não sejam de pequeno valor. Nesses casos, há necessidade de expedição de precatório, o que demanda a instauração de um processo executivo, conforme estatuído no art. 730 do CPC.

17 Supremo Tribunal Federal. RE 420816. Relator: Min. Carlos Velloso. DJU 10/12/2006. Disponível em: <<http://www.stfjus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28420816%2EENUME%2E+OU+420816%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aeu97ng>>. Acesso em: 15 ago. 2013

Sendo assim, como a própria Constituição e o CPC exigem o processo executivo, a Fazenda Pública não pode ser penalizada com a condenação em honorários, razão pela qual o STF entendeu pela constitucionalidade do dispositivo.

O julgado a seguir colacionado do STJ retrata muito bem essa situação peculiar:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS PARCIAIS. PARCELA INCONTROVERSA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO-CABIMENTO.

1. Hipótese em que se discute a possibilidade de fixação de honorários sobre a parte não embargada de execução de sentença contra a Fazenda Pública.

2. A Lei 9.494/1997, em seu art. 1º-D, expressamente exclui a verba honorária nas execuções não embargadas contra a Fazenda Pública.

Apreciando a constitucionalidade do dispositivo, o STF atribuiu-lhe interpretação conforme, para reduzir sua aplicação à execução fundada no art. 730 do CPC, excetuando-se as obrigações de pequeno valor, não sujeitas a precatório.

3. A norma contida no art. 1º-D da Lei 9.494/1997 tem uma razão de ser: se a execução contra a Fazenda Pública processasse sob rito específico (art. 730 do CPC) e a Constituição Federal submete o pagamento dos valores à sistemática dos precatórios, seria desarrazoado impor novo ônus (condenação em honorários) ao devedor que não oferece resistência.

4. Nesse contexto, se os Embargos foram apenas parciais, o disposto no art. 1º-D da Lei 9.494/1997 deve ser aplicado ao montante incontroverso, excluindo a fixação de honorários, já que não há oposição da Fazenda Pública. Saliente-se que os valores não impugnados podem ser desde logo objeto da expedição de precatório, independentemente do julgamento dos Embargos.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1218147/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 16/03/2011)<sup>18</sup>  
(grifo nosso)

No entanto, quando as execuções digam respeito às hipóteses em que não haja necessidade de expedição de precatório, mas não se enquadrem na Lei dos Juizados Especiais, há fixação de honorários advocatícios. Nesse sentido, ensinamento de Leonardo Carneiro da Cunha<sup>19</sup>:

Se, por outro lado, a execução não se submete à sistemática do precatório, por ser de pequeno valor, há que se considerar, ainda, se se aplica, ou não, a lei dos Juizados Especiais Federais. Não se aplicando tal diploma legal, o que se dispensa é a expedição do precatório, não estando dispensado o processo de execução. Ultimado o processo de execução, em vez de se expedir o precatório, expede-se, ao final, a ordem de pagamento. Nesse caso, ajuizada ação de execução, venha ou não a ser embargada, haverá fixação de honorários a serem pagos pela Fazenda Pública.

O raciocínio aqui discorrido não se aplica às situações envolvendo ações coletivas, ou seja, em tais demandas, o art. 1º-D da lei 9494/97 é afastado, tendo em vista as especificidades de tal procedimento, ainda que haja expedição de precatório.

O seguinte julgado a seguir prolatado pelo STJ retrata muito bem como esta Corte se pronuncia acerca do tema:

Como resulta da própria letra da lei processual civil, nas execuções, embargadas ou não, a regra é que são devidos os honorários advocatícios, não se fazendo qualquer distinção entre execução fundada em título executivo judicial ou extrajudicial. [...] Entretanto, em 24 de agosto de 2001, o artigo 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, modificando a redação do artigo 1ºD da Lei nº 9.494/97, introduziu exceção à norma do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, dispondo que, no caso das execuções não embargadas, ajuizadas contra a Fazenda Pública, não são devidos os honorários advocatícios, como é da letra desse dispositivo legal [...]. E, na espécie, ao que se tem dos autos, a presente execução teve início após a

18 Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1218147*. Relator: Min. Herman Benjamin. DJU 16/03/2011. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1218147&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1218147&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

19 CUNHA, op. cit., p. 140.

publicação da Medida Provisória nº 2.180-35. Ocorre, todavia, que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, mesmo nas execuções contra a Fazenda Pública, ajuizadas após a publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, se provenientes de julgado proferido em sede de ação coletiva, são devidos honorários advocatícios, por indispensável a contratação de advogado, uma vez que é necessário promover a liquidação do valor a ser pago e a individualização do crédito, além da demonstração da titularidade do direito do exequente. Decerto, como ressaltou o Ministro Teori Albino Zavascki no julgamento do AgRgREsp 489.348/PR: '(...) A despeito de ser conhecida como um processo executivo, a ação em que se busca a satisfação individual do direito declarado em sentença de ação civil coletiva não é propriamente uma ação de execução típica. As sentenças proferidas no âmbito das ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, por força de expressa disposição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 95), são condenatórias genéricas. Nelas não se especifica o valor da condenação nem a identidade dos titulares do direito subjetivo. A carga condenatória, por isso mesmo, é mais limitada do que a que decorre das demais sentenças condenatórias. Sobressai nelas a carga de declaração do dever de indenizar, transferindo-se para a ação de cumprimento a carga cognitiva relacionada com o direito individual de receber a indenização.

Assim, a ação de cumprimento não se limita, como nas execuções comuns, à efetivação do pagamento. Nelas se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, se for o caso, o juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material, para somente então se passar aos atos propriamente executivos. Ora, a regra do art. 1º-D da Lei nº 9.494/97 destina-se às execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos.' (in DJ 1º/9/2003). [...] Com igual razão de decidir, em hipóteses tais como a dos autos, de execução individual de julgado proferido em sede de ação coletiva, ajuizada por entidade sindical, como substituto processual, também não tem incidência a norma do artigo 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, uma vez que, do mesmo modo, é indispensável a contratação de advogado, na exata razão de que é necessário promover a liquidação

do valor a ser pago e a individualização do crédito, inclusive com a demonstração da titularidade do direito do exequente, resultando, pois, indubioso, o alto conteúdo cognitivo da ação de execução.” (Resp 654312 RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2005, DJ 19/12/2005, p. 488)<sup>20</sup>.

Ora, há necessidade da contratação de advogado, visto que, como preceituado no art. 95 do CDC, “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”, isto é, deverá ser verificado o direito do substituído.

Nesses tipos de demanda, há necessidade de o substituído demonstrar a titularidade do direito, bem como a individualização do valor a que tem direito, havendo elevado valor cognitivo nas execuções individuais.

No intuito de pacificar tal entendimento, o STJ exarou a Súmula 345, a qual dispõe que “São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas”.

Corroborando o enunciado acima, a própria Advocacia-Geral da União, instituição responsável pela representação judicial da União e uma das principais interessadas no tema, editou a Súmula 57, a qual aduz que “São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas”.

Outro ponto de extrema relevância nas demandas que envolvem a Fazenda Pública diz respeito à fixação dos honorários advocatícios em ações coletivas.

No momento em que o magistrado julga a ação e fixa honorários advocatícios, é comum que não se atenha às consequências financeiras para o Erário no arbitramento da sucumbência, até mesmo porque algumas demandas são julgadas sem que haja previamente nos autos a lista dos substituídos (situação que contraria a jurisprudência, que entende que é condição inerente aos requisitos da inicial, a juntada do referido rol), circunstância esta que impede uma aferição completa da repercussão financeira da condenação naquele processo.

Ora, imagina-se a situação em que ocorra a derrota judicial da Fazenda Pública e o juiz fixa os honorários em 5% sobre o valor da condenação (patamar inferior ao que fora estipulado pelo CPC no art. 20, §3º e que, em tese, atenderia a apreciação equitativa prevista no §4º do

20 Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 654312*. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. DJU 19/12/2005. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=654312&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=654312&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.



referido artigo). Ocorre que aquela Associação atua no feito em substituição a 2000 filiados. Tal situação implica uma condenação em honorários elevadíssima para o Erário, podendo comprometer ainda a atuação do Estado no exercício das políticas públicas.

Desse modo, os Tribunais vêm adotando o entendimento, já exposto linhas alhures, no sentido da possibilidade de se rever os honorários fixados nas instâncias originárias em demandas deste jaez (afastando o óbice da Súmula 7), haja vista a grave repercussão financeira em uma condenação de tamanha quantia.

Outrossim, as demandas relativas às ações coletivas comumente se relacionam a lides que envolvem discussões de questões meramente de direito, ou seja, não há necessidade de dilação probatória, oitiva de testemunhas, prova pericial, dentre outras. Ademais, as teses abordadas em tais demandas costumam ser repetitivas, isto é, não há inovação das alegações e os escritórios de advocacia já possuem petições padronizadas para sua propositura.

Com o intuito de arrimar o sobredito, é imperioso colacionar o seguinte julgado, que bem exemplifica a matéria:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

AÇÃO COLETIVA. SENTENÇA QUE DETERMINOU O PAGAMENTO, AOS SERVIDORES SUBSTITUÍDOS, DO SALÁRIO DO MÊS DE DEZEMBRO/94 E DO DÉCIMO TERCEIRO DO MESMO EXERCÍCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 10% DO VALOR DA CONDENAÇÃO, A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO. INCERTEZA QUANTO AO VALOR A SER ENCONTRADO. FIXAÇÃO EM R\$ 10.000,00. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DO PIAUÍ PROVIDO.

*1. Em hipóteses excepcionais, quando o valor atribuído for irrisório ou exorbitante, a jurisprudência desta Corte tem admitido a revisão da condenação em honorários advocatícios na via estreita do Recurso Especial, sem que se faça necessário o revolvimento da matéria fático-probatória dos autos.*

*2. No caso em apreço, apesar de ter a instância ordinária arbitrado os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação em ação coletiva, a apuração desta importância em liquidação de sentença traz incerteza quanto ao valor realmente devido, haja vista o grau de imprecisão do quantum debeatur em ações coletivas, cujo valor tende a ser vultoso.*

3. *Agravo Regimental do ESTADO DO PIAUÍ provido, para fixar os honorários advocatícios em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).*

(AgRg no AREsp 88.739/PI, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 30/08/2012)<sup>21</sup> (grifo nosso)

Desse modo, com base no julgado proferido acima, é possível depreender que, em face da elevada incerteza quanto ao valor da condenação nas ações coletivas, é prudente que o magistrado proceda a uma fixação dos honorários em um valor fixo, tendo em vista que, dessa forma, ao menos haverá uma aferição clara e razoável do valor a ser devido.

Urge trazer à baila ainda tese subsidiária adotada pela Fazenda Pública nas ações coletivas com o intuito de reduzir os honorários advocatícios nas demandas que consubstanciam parcelas de trato sucessivo, a exemplo de uma gratificação indevidamente reduzida, com efeitos contínuos.

Nesses tipos de ações, em face da procedência do pedido, deverá ser paga continuamente pela Administração uma determinada quantia, configurando o que se chama de relação de trato sucessivo.

Pois bem, no intuito de limitar a fixação dos honorários, caso não seja adotada a tese do valor fixo, a Fazenda Pública se vale do dispositivo elencado no art. 260 do CPC, *in verbis*:

Art. 260. Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, tomar-se-á em consideração o valor de umas e outras. O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado, ou por tempo superior a 1 (um) ano; se, por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

Com efeito, em demandas que consubstanciam parcelas de trato sucessivo e por tempo indeterminado, a Fazenda Pública adota o entendimento, que vem sendo acolhido em algumas decisões, no sentido de que há necessidade da limitação dos honorários com base nos parâmetros indicados no supracitado artigo.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.  
ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. LEI  
ESTADUAL 10.395/95. REAJUSTE DE VENCIMENTOS.

<sup>21</sup> Superior Tribunal de Justiça. *Ag AResp. 88739*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia. DJU 30/08/2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=88739&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=88739&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

LIMITES DE DESPESAS COM PESSOAL. DIREITO INTERTEMPORAL. SÚMULA 280/STF. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 260 DO CPC.

APLICABILIDADE.

1. Visto que a Lei estadual 10.395/95 entrou em vigor antes da Lei Complementar 82/95, que só produziu efeitos a partir do dia 1º/1/1996, o exame da demanda situa-se no âmbito do direito intertemporal, sendo desnecessária a interpretação da referida legislação local para o deslinde da questão, afastando a aplicação da Súmula 280/STF. Precedentes.

2. Na hipótese em que a Fazenda Pública é condenada a prestações de trato sucessivo e por tempo indeterminado, os honorários advocatícios incidem sobre as parcelas vencidas mais doze prestações vincendas, nos termos do art. 260 do CPC. Precedentes.

3. Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no REsp 784.751/RS, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013)<sup>22</sup>

Sendo assim, caso não se adote o valor fixo no arbitramento dos honorários, a Fazenda Pública pugna pelo acolhimento da tese exposta, no sentido de que a base de cálculo dos honorários deverá ter como parâmetro as parcelas vencidas mais doze prestações vincendas, sob pena de se chegar a um montante extremamente elevado, haja vista que, por se tratar de uma verba a ser percebida por tempo indeterminado, o valor da base de cálculo não terá um termo final.

#### 4 CONCLUSÃO

Com efeito, pela análise do que fora discorrido no decorrer do presente artigo, é possível aferir a importância do estudo dos honorários advocatícios no processo civil, em especial nas demandas que envolvam a Fazenda Pública, uma vez que sua condenação implica prejuízo para toda a sociedade, prejudicando a boa prestação das políticas públicas.

<sup>22</sup> Superior Tribunal de Justiça. *Resp.* 784751. Relator: Des. Alderita Ramos de Oliveira. DJU 09/05/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=784751&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=784751&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

Por conta desse motivo é que o magistrado, ao analisar a causa e estipular os honorários, deve proceder a um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, motivando sua decisão no que diz respeito à escolha de um determinado critério.

O presente trabalho não objetiva diminuir a importância do advogado no processo civil, muito pelo contrário, foi demonstrado no primeiro capítulo que o causídico é peça fundamental para o bom andamento do feito e seu trabalho deve ser remunerado, porém tal retribuição deve se pautar nos critérios estatuídos no Código de Processo Civil, aplicando um juízo de equidade e sem implicar ganho indevido para o patrono.

No segundo capítulo, foi possível verificar que os honorários advocatícios consubstanciam a renda do advogado, possuindo natureza alimentar. Também foi possível aferir que, quando o magistrado foge dos critérios elencados no CPC e aplica honorários exorbitantes ou ínfimos, o Superior Tribunal de Justiça, afastando a aplicação da Súmula 7 (que impede a reanálise do contexto fático probatório), pode rever o valor arbitrado.

Quanto ao terceiro capítulo, verificou-se que os honorários arbitrados em face da Fazenda Pública podem destoar do critério estabelecido no art. 20, §3º do CPC (o qual estabelece que o valor deverá transitar entre 10% e 20% sobre o montante da condenação), podendo-se adotar o critério do percentual inferior ao disposto legalmente, valor da causa como base de cálculo, ou até mesmo um valor fixo.

Também se permite chegar à conclusão de que, quando não embargada a execução nas demandas em que se exige a expedição de precatório, não há possibilidade de se estipular honorários em face da Fazenda, salvo a hipótese em que se trata de execuções individuais oriundas de sentença proferida em ação coletiva.

Outrossim, verificou-se que o critério mais adequado para se fixar os honorários advocatícios em face da Fazenda Pública em demandas coletivas é o do valor fixo, uma vez que as condenações em tais demandas chegam a valores extremamente elevados. Caso não se adote esse entendimento e a demanda diga respeito à relação de trato sucessivo e por prazo indeterminado, deverá ser levado em conta o art. 260 do CPC, adotando-se como base de cálculo para os honorários as prestações vencidas mais doze parcelas das vincendas.

Desta forma, conclui-se que é inegável a importância da análise dos honorários advocatícios no decorrer no processo, de modo que a Fazenda Pública não arque com prejuízos indevidos quando reste vencida em uma determinada lide, havendo necessidade de dar correta aplicação ao disposto no art. 20, §4º do CPC, uma vez que a apreciação equitativa, ainda que consubstancie um conceito jurídico indeterminado, não pode ser aplicada de forma desarrazoada.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. *Código civil brasileiro de 2002*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 15 ago 2013.

\_\_\_\_\_. *Código de defesa do consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2013

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 7*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=\(7\)+e+\(@DOCN\)&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=(7)+e+(@DOCN)&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 345*. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=\(345\)+e+\(@DOCN\)&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=(345)+e+(@DOCN)&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 784751*. Relator: Des. Alderita Ramos de Oliveira. DJU 09/05/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=784751&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=784751&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Ag AResp. 88739*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia. DJU 30/08/2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=88739&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=88739&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 654312*. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. DJU 19/12/2005. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=654312&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=654312&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1218147*. Relator: Min. Hermam Benjamin. DJU 16/03/2011. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1218147&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1218147&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag. 1428772*. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. DJU 09/05/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1428772&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1428772&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1377661*. Relator: Min. Eliana Calmon. DJU 01/07/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1377661&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1377661&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 302689*. Relator: Min. Castro Meira. DJU 05/08/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=302689&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=302689&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 784751*. Relator: Des. Alderita Ramos de Oliveira. DJU 09/05/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=784751&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=784751&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 302689*. Relator: Min. Castro Meira. DJU 05/08/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=302689&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=302689&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *EResp. 1155527*. Relator: Min. Sidnei Beneti. DJU 28/06/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1155527&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1155527&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *EResp. 706331*. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. DJU 20/02/2008. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=706331&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=706331&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 420816*. Relator: Min. Carlos Velloso. DJU 10/12/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28420816%2EENUME%2E+OU+420816%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aeu97ng>>. Acesso em: 15 ago. 2013

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Fazenda Pública em Juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

\_\_\_\_\_; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. 3, Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 14. ed. v. 1, Salvador: Juspodivm, 2012.

FIUZA, César. *Coleção Direito Civil – Contratos*. 1. ed. v. 3, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematizado*. 1. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY JÚNIOR., Nélon; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *APL 120096020118260114*. Relator. Des. Maia da Cunha. DJ 17/10/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/getArquivo.do?cdAcordao=6264099>>. Acesso em 26. ago. 2013.

THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50. ed. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2009.





---

# O PRINCÍPIO DA UNIDADE FAMILIAR E OS INSTITUTOS DA REMOÇÃO E DA LICENÇA, COM EXERCÍCIO PROVISÓRIO

*THE PRINCIPLE OF FAMILY UNITY AND THE INSTITUTES OF  
REMOVAL AND LICENSE WITH TEMPORARY ASSIGNMENT*

---

*Eduardo Jorge Pereira Alves*

*Advogado da União*

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)*

*Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de  
Estudos Tributários (IBET)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da tutela conferida pela Constituição à família; 2 Dos institutos da remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro norteam e da licença, com exercício provisório, por motivo de afastamento de cônjuge ou companheiro; 3 Da interpretação que, comumente, os institutos aludidos vêm recebendo da jurisprudência; 4 Da análise dos institutos em estudo segundo os princípios que a Administração Pública; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por escopo, primeiramente, analisar a forma como a remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro e a licença, com exercício provisório, por motivo de afastamento de cônjuge ou companheiro, vêm sendo tratadas pela jurisprudência. Nesse ponto, são estudadas decisões judiciais em que, sob o argumento de ser preciso observar o postulado constitucional da proteção à unidade familiar, confere-se interpretação ampliativa às hipóteses que autorizam a concessão dos mencionados institutos. Após a análise jurisprudencial, passa o trabalho a tratar da necessidade de a remoção e a licença, concedidas com vistas preservar a unidade familiar, serem vistas, também e principalmente, segundo os princípios que regem a Administração Pública, sobretudo o da impessoalidade e o da legalidade, sob pena de o interesse público ceder lugar à prevalência dos interesses privados dos servidores.

**PALAVRAS-CHAVE:** Servidor Público Federal. Remoção. Licença com Exercício Provisório. Unidade Familiar. Jurisprudência.

**ABSTRACT:** The scope of this article is, firstly, to examine how the removal to accompany spouse or partner and the license with temporary assignment, due to removal of a spouse or partner, are being treated in the courts. At this point, are studied judgments in which, under the argument of being necessary to observe the constitutional postulate of family unity, is given an ampliative interpretation to the hypotheses that allow the granting of the mentioned institutes. After the jurisprudential analysis, the work starts to discuss the need of those removals and licenses granted to preserve family unity be seen, also and mainly, according to the principles that guide public administration, especially legality and impartiality, in order to avoid that the public interests give way to the prevalence of the private interests.

**KEYWORDS:** Federal Employee. Removal. License with Temporary Assignment. Family Unity. Jurisprudence.

## INTRODUÇÃO

O grande número de processos em que a União vem sendo demandada nos quais se objetiva a concessão de remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro e de licença, com exercício provisório, por motivo de afastamento de cônjuge ou companheiro, além da considerável quantidade de decisões favoráveis aos servidores que nesses feitos são proferidas, traz à tona a necessidade de os institutos citados serem mais detidamente estudados.

Malgrado se reconheça que a criação da remoção e da licença, nas modalidades referidas, funda-se no reconhecimento por parte do legislador da necessidade de se tutelar um postulado que possui envergadura constitucional, que é o da proteção à família, o que inclui o resguardo à manutenção de sua unidade, é preciso que, ao tratar delas, os magistrados e demais operadores do Direito atentem, de igual modo, a outros princípios também insculpidos no texto constitucional, sobretudo os referentes às relações de cunho administrativo.

E um estudo, apenas inicial, dos institutos em referência, levando em consideração, de forma conjunta, o princípio da unidade familiar e os preceitos que cuidam da Administração Pública, é o que se pretende realizar ao longo do presente trabalho.

### 1 DA TUTELA CONFERIDA PELA CONSTITUIÇÃO À FAMÍLIA

A ordem constitucional vigente conferiu especial atenção à proteção da família. Com efeito, a Constituição da República de 1988 trouxe, em seu bojo, Capítulo especificamente voltado a lançar as diretrizes básicas que hão de nortear a tutela à referida instituição. Ao fazê-lo, no Capítulo VII do seu Título VIII, criou direitos aos integrantes do núcleo familiar e atribuiu deveres não apenas ao Estado, mas também aos próprios cidadãos, que deverão pautar seus atos nas normas dali extraídas.

A esse respeito, relevante ressaltar o art. 226 da Carta Magna, que de forma mais minuciosa trata da proteção ao núcleo familiar. Vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações<sup>1</sup>. (Grifo do autor).

A leitura do dispositivo mostra a importância que o constituinte conferiu à família, sobretudo ao classificá-la como “base da sociedade”. A disciplina do tema é complementada pelos artigos seguintes do Capítulo aludido, os quais cuidam, de forma mais detida, da criança, do jovem e do idoso, ante o reconhecimento da maior vulnerabilidade daqueles que se encontram em tais etapas da vida.

Também em outros dispositivos do texto constitucional se pode verificar a intenção do legislador constituinte de amparar a família. O próprio art. 1º, III, incluiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e, portanto, pode esse instituto ser encarado como vetor interpretativo na análise das demais disposições constitucionais, a fazer prevalecer, sempre que possível, a interpretação da norma que melhor satisfaça os direitos do indivíduo, inclusive enquanto membro de um núcleo familiar, na medida em que a família representa

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2013.

importante ambiente para o desenvolvimento da personalidade e, por via de consequência, da dignidade de cada um.

Evidenciam, da mesma forma, o cuidado da Constituição com a proteção da família os seguintes dispositivos: artigos 5º, XXVI, 183 e 191, que tutelam a pequena propriedade familiar, art. 7º, IV, que prevê a necessidade de o salário mínimo servir para fazer frente não apenas às despesas do trabalhador, mas também às de sua família, art. 203, I, que prevê como objetivo da assistência social a proteção à família, e art. 221, IV, que impõe às emissoras de rádio e televisão o dever de respeitar os valores sociais da família.

Todos os artigos referidos, se analisados em conjunto, demonstram a preocupação do Direito pátrio com o resguardo da família. E foi justamente essa preocupação, presente nos trabalhos do constituinte, que norteou os trabalhos do legislador ordinário ao editar, no bojo do Estatuto dos Servidores Públicos Civis Federais, a Lei nº 8.112/1990, normas tutelando a unidade familiar. Exemplos delas são a que, entre os dispositivos que cuidam das modalidades de deslocamento dos servidores, prevê a remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro, e aquela que, entre os artigos que elencam as hipóteses de licença, prevê a licença por força de deslocamento de cônjuge ou companheiro.

## **2 DOS INSTITUTOS DA REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE OU COMPANHEIRO E DA LICENÇA, COM EXERCÍCIO PROVISÓRIO, POR MOTIVO DE AFASTAMENTO DE CÔNJUGE OU COMPANHEIRO**

A remoção, modalidade de deslocamento do servidor, ao lado da redistribuição, encontra-se prevista, no que toca aos servidores públicos civis federais, no art. 36 da Lei nº 8.112/90. Já a situação específica de remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro está disciplinada na alínea “a” do inciso III do parágrafo único do dispositivo. Vejamos a sua redação:

Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

[...]

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:

[...]

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

[...]

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;<sup>2</sup>

Nota-se da análise do preceito legal que são os seguintes os requisitos para o deferimento da remoção na modalidade em tela:

- a) requerimento do servidor;
- b) deslocamento do seu cônjuge, também servidor público de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no interesse da Administração.

A licença por motivo de afastamento do cônjuge, com exercício provisório, por sua vez, possui assento legal no art. 84, §2º, do mesmo diploma já aludido. Assim estabelece o dispositivo mencionado:

§ 2º No deslocamento de servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá haver exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo.<sup>3</sup>

Os requisitos autorizadores das duas situações são basicamente os mesmos. Embora a Lei não haja dito expressamente haver necessidade de o deslocamento do cônjuge do servidor ter decorrido de ato praticado no interesse da Administração, tal exigência pode ser extraída da redação do caput do dispositivo citado, que diz que pode ser concedida a licença para acompanhar cônjuge ou companheiro que “foi deslocado”, dando a ideia de que a mudança não decorreu de manifestação de vontade do

2 BRASIL. *Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2013.

3 BRASIL. *Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2013.

cônjuge, mas de imposição da Administração. De fato, é certo que, ao usar a expressão “foi deslocado”, o legislador exprimiu a noção de remoção provisória, de ofício, no estrito interesse da Administração Pública.

Registre-se que o argumento de que os institutos da remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro e da licença por afastamento de cônjuge ou companheiro não se assemelham, porque nesta do ato não decorreria qualquer ônus para a Administração, não merece acolhida, se se está diante da licença, com exercício provisório, eis que, nesta hipótese, faz-se necessária a contrapartida do ente público pelo serviço prestado pelo servidor licenciado.

Assim, em verdade, o único traço distintivo dos institutos, ao menos no tocante aos critérios que os autorizam, é a sua *transitoriedade*, ou não. Enquanto a remoção dá causa ao exercício permanente e definitivo em outro local, a licença, com exercício provisório, faz-se presente em situações marcadas pela nota da temporariedade, somente se justificando enquanto mantidos os efeitos das circunstâncias que a ensejaram.

### 3 DA INTERPRETAÇÃO QUE, COMUMENTE, OS INSTITUTOS ALUDIDOS VÊM RECEBENDO DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência dos tribunais pátrios, levando em conta, isoladamente, a proteção constitucional à família, esquecendo-se de outros princípios também de alçada constitucional, a exemplo da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, que devem nortear a atividade da Administração Pública, vem dando, vez por outra, interpretação ampliativa às situações que autorizam a concessão da remoção e da licença, com exercício provisório, por unidade familiar.

Há julgados em que se determina a remoção do servidor, com fundamento no art. 36, parágrafo único, inciso III, alínea “a”, embora inexista, propriamente, deslocamento do cônjuge ou do companheiro *no interesse da Administração Pública*. É o que comumente ocorre nas hipóteses em que a alteração de lotação se dá em decorrência de concurso de remoção. Vejam-se, nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ e do TRF – 1ª Região, in verbis:

#### PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO DE REMOÇÃO. INTERESSE PÚBLICO.

1. Consoante dispõe o art. 36, inciso III, “a”, da Lei 8.112/90, a remoção para o acompanhamento do cônjuge, também servidor

público civil, deslocado no interesse da Administração é direito subjetivo do servidor.

2. A Administração, ao oferecer vaga a ser ocupada por critério de remoção, acaba revelando que tal preenchimento é de interesse público, pois tem por objetivo adequar o quantitativo de servidores às necessidades dos órgãos e unidades administrativas. Precedente do STJ.

[...]

4. Agravo Regimental não provido.<sup>4</sup> (Grifo acrescido).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE, MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL REMOVIDO EM RAZÃO DE CONCURSO INTERNO. ARTIGO 36 DA LEI Nº 8.112/90. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

1. O cônjuge do impetrante é membro do Ministério Público Federal e, por isso, conforme a garantia da inamovibilidade da categoria (art. 128, §5º, I, “b” da CF/88), somente pode ser removida a pedido, “salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa”.

2. O deslocamento da esposa do impetrante, ainda que por remoção, traz consigo o atendimento ao interesse público, o que garante o direito do cônjuge a ser também removido para acompanhá-la. No mais, deve ser homenageado o princípio constitucional de proteção à família. Precedentes desta corte.

3. Apelação e remessa oficial improvidas.<sup>5</sup> (Grifo acrescido).

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1262826/PE*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Órgão julgador: Segunda Turma. DJe de 15/06/2012.

5 BRASIL. Tribunal Regional Federal – 1ª Região. *AC 0016487-50.2009.4.01.3400/DF*. Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti. Relator convocado: Juiz Federal Cleberson José Rocha. Órgão julgador: Segunda Turma. e-DJF1 de 16/11/2012.



Há, ainda, julgados que, pelo mesmo fundamento (deslocamento de cônjuge por concurso de remoção), deferem a licença, com exercício provisório, na localidade de destino. Confirmam-se, a título de exemplo, os seguintes acórdãos do STJ e do TRF – 5ª Região:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA POR MOTIVO DE AFASTAMENTO DO CÔNJUGE. ART. 84 DA LEI 8.112/1990. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. EXERCÍCIO PROVISÓRIO. POSSIBILIDADE.

1. Desde que preenchidos os requisitos legais pertinentes, faz jus o servidor ao gozo do benefício a que se refere o art. 84 da Lei 8.112/90 - licença por motivo de afastamento do cônjuge.

2. In casu, o esposo da servidora recorrente é servidor público, foi deslocado para outra unidade da federação por ter sido aprovado em concurso de remoção. Há possibilidade de a autora exercer atividade compatível com a função anteriormente desenvolvida no órgão de origem, porquanto é analista-judiciária do TRE/SC, cargo existente em qualquer órgão da Justiça Eleitoral. Nessa hipótese, satisfeitas as exigências legais, a referida licença, com o exercício provisório, prevista no § 2º do art. 84 da Lei 8.112/90, deve ser concedida.

3. Agravo Regimental não provido.<sup>6</sup> (Grifo acrescido).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. LOTAÇÃO PROVISÓRIA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO.

1. Em caso de licença para acompanhar cônjuge, se ambos os consortes forem servidores públicos e um for deslocado para ponto distinto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo, resta possível ao outro o exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, observada a compatibilidade da atividade com o seu cargo. Inteligência do art. 84, caput, parágrafo 2º, da Lei nº 8.112/90.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1217201/SC*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Órgão julgador: Segunda Turma. DJe de 25/04/2011.

2. Acerca do tema, pronunciou-se o STJ no sentido de que, “se a norma não distingue a forma de deslocamento do cônjuge do servidor para ensejar a licença, se a pedido ou por interesse da Administração, não cabe ao intérprete fazê-la, sendo de rigor a aplicação da máxima *inclusio unius alterius exclusio*.” (STJ, 2ª T, AgRg no REsp 1195954/DF, rel. Ministro Castro Meira, DJe 30/08/2011).

3. Hipótese em que o suplicante faz jus ao afastamento postulado, inclusive com lotação provisória no mesmo órgão a que está vinculado, na localidade pretendida, tendo em conta a remoção (por concurso de remoção) de sua esposa, também servidora pública, para o município de Natal/RN.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas.<sup>7</sup> (Grifo acrescido).

É, inclusive, possível encontrar na jurisprudência dos tribunais pátrios decisões nas quais o próprio deslocamento do cônjuge do servidor, por ato da Administração, é dispensado para a concessão da remoção com fundamento na unidade familiar. É o que se extrai do julgado abaixo ementado, em que a remoção foi deferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para permitir que o servidor acompanhasse cônjuge aprovado em concurso público, que se mudou para assumir cargo em provimento originário. Leia-se:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR O CÔNJUGE. PRESENÇA DOS PRESSUSPOSTOS PARA CONCESSÃO DE LIMINAR

I - Ainda que a situação fática apresentada envolva deslocamento do cônjuge, decorrente de nomeação em virtude de aprovação em concurso público, amparada está a mesma pelo princípio constitucional insculpido no art. 226 da Constituição Federal, que confere especial proteção à unidade familiar.

II - A expressão “deslocado no interesse da Administração”, inserta na alínea “a”, inciso III, do art. 36, § único, da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 9.527/97, que cuida da remoção de servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro, não reporta a tal ou

7 BRASIL. Tribunal Regional Federal - 5ª Região. *APELREEX 00001084420124058403*. Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Órgão julgador: Terceira Turma. DJE de 26/03/2013.

qual espécie jurídica de provimento ou remoção, de forma a excluir as demais. A afastar a hipótese de primeira investidura em cargo ou função pública seria de se deduzir que a lei só está a proteger os casais servidores em que um dos membros foi sujeito a um específico modo de remoção, entendimento que confronta com os arts. 226 e 227 da Constituição Federal.

III - Presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, pressupostos para concessão de medida liminar. Agravo a que se nega provimento.<sup>8</sup> (Grifo acrescido).

E, ainda com base em uma interpretação ampliativa das situações que dão cabimento à remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro, há diversos julgados do STJ, em entendimento que, de certa forma, pode ser considerado pacificado, concedendo a remoção, na modalidade referida, em razão do deslocamento de cônjuge que não é servidor, como exigido em lei, mas empregado de entidade da Administração Indireta. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL. LIMINAR DEFERIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. ART. 36, III, ALÍNEA “A”, LEI 8112/90. *ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE EMPREGADO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL*. EMPRESA PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A remoção é um instituto utilizado pela Administração com o intuito de aprimorar a prestação do serviço público, podendo ser usado, também, no interesse do servidor, diante da ocorrência dos casos especificados na lei.

2. A jurisprudência do STJ e do STF sinalizam interpretação ampliativa ao conceito de servidor público para alcançar não apenas os que se vinculam à Administração Direta, como também os que exercem suas atividades nas entidades da Administração Indireta.

[...].<sup>9</sup> (Grifo acrescido).

8 BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. *AG 200404010182580*. Relator: Desembargador Federal Valdemar Capeletti. Órgão julgador: Quarta Turma. DJ de 27/10/2004.

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no MS 14.195/DF*. Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Órgão julgador: Terceira Seção. DJe de 06/05/2009.

Não é incomum, ademais, ver julgados que, a despeito da não observância dos requisitos exigidos para o deferimento da remoção, em sede de provimento provisório, e dos consequentes efeitos deletérios que ela ocasiona para a Administração Pública, sobretudo por vulnerar os ditames da legalidade e da impessoalidade, vêm a manter os efeitos da medida de urgência indevidamente deferida, pelo longo decurso do tempo, em nome dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e, sobretudo, da proteção à unidade familiar. Em tal sentido, coloca-se o *decisum* abaixo transcrito:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR O CÔNJUGE. NÃO-ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, III, 'A', DA LEI 8.112/90. PECULIARIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA HÁ MAIS DE 12 ANOS. PRESERVAÇÃO DA UNIDADE FAMILIAR. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. A situação fática está consolidada no tempo, haja vista que, por força de decisão antecipatória de tutela recursal, foi deferida, há mais de doze anos a remoção do servidor.

2. Em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a regra do art. 36, parág. único, III da Lei 8.112/90 deve ser mitigada no caso concreto, devendo ser aplicada a teoria do fato consumado.

[...].<sup>10</sup>

A grande quantidade de decisões judiciais concessivas de remoção, para acompanhar cônjuge ou companheiro, e de licença, com exercício provisório, para o mesmo fim, que sempre recorrem ao dispositivo constitucional que impõe ao Estado o dever de tutelar a família para flexibilizar os critérios legalmente impostos para o deferimento das citadas providências, traz à tona a necessidade de reanálise dos institutos, levando em conta também outras disposições constitucionais, eis que, se é verdade que com a perpetuação de julgados em tal sentido o interesse individual dos servidores em manter a unidade de suas famílias resta atendido, é também verdade que, por conta dessa mesma situação, o interesse público em manter a adequada distribuição de servidores

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 854.555/TO*. Relator: Ministro Vasco della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). Órgão julgador: Sexta Turma. DJe de 03/08/2011.

nos órgãos da Administração e, por conseguinte, permitir a adequada prestação dos serviços estatais fica substancialmente fragilizado.

#### 4 DA ANÁLISE DOS INSTITUTOS EM ESTUDO SEGUNDO OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O caput do art. 37 da Constituição da República dispõe que: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”<sup>11</sup>.

Discorrendo especificamente sobre o princípio da impessoalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que:

O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, caput), a fortiori teriam de sê-lo perante a Administração.<sup>12</sup>

Justamente para dar concretude ao princípio da impessoalidade e, também, aos postulados da moralidade e eficiência, é que o legislador, ao editar o Estatuto dos Servidores Públicos Civis Federais, traçou parâmetros objetivos, resultantes de critérios previamente estabelecidos, a nortearem os deslocamentos de servidores, de modo que todos os servidores recebam o mesmo tratamento.

Nesse sentido, erigiu o concurso de remoção a instrumento que se presta, por excelência, à mudança de lotação, a qualquer título, de servidores, vez que se trata de forma impessoal, em si isonômica e, portanto, mais adequada para se promover os deslocamentos de servidores. Tais concursos, pautados em critérios estritamente objetivos, harmonizam os interesses do Poder Público com os de seus servidores, permitindo que estes se candidatem e concorram, de forma isonômica, a vagas em localidades de seu interesse.

E, com vistas a efetivar outros valores resguardados pela Constituição, como o da proteção à família e o do direito à saúde, sem se descuidar do princípio da impessoalidade, o legislador listou algumas exceções ao concurso de remoção como forma de alteração da lotação de

11 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html)>. Acesso em: 26 ago. 2013.

12 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 114.

servidores, como as já aqui tratadas remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro e licença, com exercício provisório, por deslocamento de cônjuge ou companheiro.

Partindo desses princípios, não se há como negar a conclusão de que a concessão de remoção para a manutenção da unidade familiar ou de licença para acompanhar cônjuge, com exercício provisório, enquanto exceções à regra do deslocamento através da aprovação em concurso de remoção que decorrem da preocupação do ordenamento jurídico com a tutela da família, só se justifica nas hipóteses em que a convivência familiar deixar de existir em razão de conduta alheia à vontade de um de seus integrantes.

Deve, ademais, pautar-se nos estritos termos da legislação, sob pena de tornar regra o que deveria ser exceção, prejudicando o adequado planejamento da distribuição de pessoal pelos diversos órgãos da Administração, em evidente ofensa ao interesse público.

Por isso, ao permitir que também o deslocamento de empregados públicos ou de empregados de entes privados da Administração Indireta dê causa à remoção ou à licença, com exercício provisório, o julgador, por não ter sido referida hipótese contemplada nos dispositivos que cuidam da matéria, está adotando entendimento manifestamente ilegal. Normalmente o faz com base na necessidade de tutela do princípio constitucional da proteção à família. No entanto, como visto, olvida-se da necessidade de conferir proteção também aos princípios que norteiam a Administração Pública.

Ora, ao se exigir da Administração que aplique a norma de forma elastecida em benefício do interesse do servidor, está-se ferindo não só o princípio da supremacia do interesse público, mas o da eficiência (tão aclamado pela Carta de 1988), pois evidentemente haverá prejuízo ao serviço público, e o da legalidade (ao se pretender fazer com que a Administração não aplique a legislação vigente para beneficiar um indivíduo sem amparo normativo para tanto, sendo certo que somente pode se exigir determinada conduta da Administração mediante expressa previsão legal).

Além disso, também se pode concluir que são evidentemente inapropriadas as decisões judiciais que deferem a remoção ou a licença, com exercício provisório, na hipótese em que o cônjuge ou companheiro do servidor assume cargo em função de provimento originário.

É que, em tal caso, não há o “deslocamento” do cônjuge ou companheiro servidor, expressamente exigido pela legislação, o qual pressupõe a existência de uma prévia lotação no serviço público, que acaba alterada. Há, isso sim, o ingresso em certa carreira, em uma lotação que só se pode considerar como a originária.

Também a iniciativa que ocasiona a ruptura da unidade familiar não pode ser atribuída à Administração, afastando a incidência da regra, que, como visto, apenas pode ser aplicada quando referido rompimento decorre de ação da própria Administração. Nas hipóteses de acesso inicial a cargo, em função de aprovação em concurso público, a conduta que gera o desfazimento da coabitação apenas pode ser imputada ao próprio cônjuge ou companheiro do servidor, que, ciente dos termos do edital e, logo, da possibilidade de, em sendo aprovado, acabar sendo lotado em local diverso de sua cidade de origem, reputa mais conveniente aos seus próprios interesses e aos de sua família a opção por se submeter ao certame e, eventualmente, mudar-se.

E, ainda, não que ser tidos como equivocados os julgados que concedem a remoção ou licença, com exercício provisório, nos casos em que a mudança de lotação do cônjuge ou companheiro do servidor decorre de aprovação em concurso de remoção.

Normalmente tais decisões vêm pautadas na premissa de que o concurso de remoção é feito no interesse da Administração. Ocorre que a legislação claramente quis diferenciar aquelas situações em que a mudança de lotação decorre exclusivamente de uma ação unilateral da Administração, sendo feita “de ofício, no interesse da Administração” (art. 36, parágrafo único, I, da Lei nº 8.112/90), daquelas em que ocorre o concurso de remoção, eis que estatuiu que, nestas, o deslocamento ocorre “a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração” (art. 36, parágrafo único, III, “c”, da Lei nº 8.112/90).

Ademais, é inegável que a vontade do servidor é elemento de fundamental importância para que se concretize o deslocamento pelo concurso de remoção. Não se nega que as vagas disponibilizadas são distribuídas segundo critérios estabelecidos pelo administrador, que valora a necessidade das unidades com vistas à melhor prestação dos serviços públicos. Entretanto, a manifestação volitiva do servidor é imprescindível. Sem ela, o deslocamento, por concurso de remoção, não se efetiva.

Referido entendimento já foi também acatado em diversas decisões judiciais. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho da ementa de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO.  
SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

3. A jurisprudência deste Tribunal é tranqüila no sentido de que quando um dos cônjuges assume cargo em local diferente da cidade onde o outro, também servidor, se encontra lotado e reside, não há ensanchas ao direito de remoção deste que permaneceu, porquanto inexistente o deslocamento daquele no interesse da Administração. E é essa a hipótese dos autos, porquanto a “transferência” da companheira de Brasília para Petrolina se dera voluntariamente, através de concurso de remoção, não havendo falar, em casos que tais, em interesse da Administração;

[...]

5. Em que pesem os elevados motivos aduzidos pelos agravantes, no afã de residirem juntos, não há a subsunção de sua situação a nenhuma das hipóteses que prevêem a remoção como direito subjetivo do servidor, de sorte que deve se submeter ao juízo de discricionariedade da Administração.

6. Agravo de instrumento improvido.<sup>13</sup> (Grifo acrescido).

Registre-se, inclusive, que as vagas existentes, em tese, se levados em consideração apenas os interesses da Administração, até poderiam ser preenchidas de outras formas, como pela posse de novos servidores. Ocorre que, com vistas a atender aos interesses dos servidores que anseiam por alterar a sua lotação e em respeito ao princípio da antiguidade, normalmente as vagas são, antes, disponibilizadas para os servidores que já integram a carreira, que, após manifestarem a vontade de participarem de processo seletivo, concorrem a uma das vagas nas lotações disponíveis.

Assim, tendo em vista que é essencial a vontade do servidor deslocado para a movimentação em decorrência de concurso de remoção, resta afastada a incidência da norma que, em respeito ao princípio da unidade familiar, excepciona a regra do concurso de remoção como mecanismo padrão de deslocamento de servidores. Como visto, tendo decorrido a ruptura do convívio familiar, em grande parte, da própria decisão de um dos seus membros, não merece ser aplicada a norma constitucional protetiva da família, merecendo ela, nesse caso específico, ceder espaço para a plena incidência dos princípios constitucionais que regulam as atividades da Administração.

13 BRASIL. Tribunal Regional Federal – 5ª Região. *AG 00031575320104050000*. Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. Órgão julgador: Terceira Turma. DJE de 27/05/2010.



## 5 CONCLUSÃO

Com fundamento em todos os argumentos lançados, há que se concluir que, por ter sido a sistemática padrão de alteração de lotações de servidores concebida pelo legislador levando em consideração os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, principalmente o da impessoalidade, as exceções à regra – que situa o concurso de remoção como mecanismo primeiro de modificação de lotações – apenas devem ser permitidas nos estritos termos da legislação de regência e quando de fato se fizer necessária a proteção aos valores que as justificam.

Assim, não devem a remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro e a licença, com exercício provisório, por deslocamento de cônjuge ou companheiro, por serem inegavelmente exceções à regra do concurso de remoção, ser autorizadas em situações nas quais não estejam rigorosamente preenchidos os requisitos legais para o seu deferimento.

Não podem, tampouco, ser concedidas quando o valor que as justifica, a unidade familiar, tiver sido negado por um dos interessados, como ocorre na hipótese de deslocamento do cônjuge ou companheiro por concurso de remoção, eis que, se o próprio envolvido não vela pela manutenção do núcleo familiar, não pode, depois, vir a exigir do Estado essa mesma proteção.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 ago 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no MS 14.195/DF*. Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Órgão julgador: Terceira Seção. DJe de 06/05/2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1217201/SC*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Órgão julgador: Segunda Turma. DJe de 25/04/2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1262826/PE*. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/06/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 854.555/TO*. Relator: Ministro Vasco della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). Órgão julgador: Sexta Turma. DJe de 03/08/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal – 1ª Região. *AC 0016487-50.2009.4.01.3400/DF*. Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti. Relator convocado: Juiz Federal Cleberson José Rocha. Órgão julgador: Segunda Turma. e-DJF1 de 16/11/2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. *AG 200404010182580*. Relator: Desembargador Federal Valdemar Capeletti. Órgão julgador: Quarta Turma. DJ de 27/10/2004.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal - 5ª Região. *APELREEX 00001084420124058403*. Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Órgão julgador: Terceira Turma. DJE de 26/03/2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

---

# CONSULTORIA JURÍDICA COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

*LEGAL CONSULTING AS ESSENTIAL FUNCTION OF JUSTICE*

---

*Enivaldo Pinto Pólvora  
Advogado da União*

*Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A missão constitucional da AGU; 2 Consultoria como meio de realização da justiça; 3 A construção de políticas públicas; 4 Legalidade e interesse público; 5 Uma atuação consultiva adequada à nova conceituação; 6 O parecer substantivo; 7 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A relevância da missão consultiva está definitivamente marcada na Constituição Federal de 1988. A AGU nasce, ao lado do Ministério Público, com a característica de essencialidade na missão de buscar a realização da justiça. Não se pode fazer justiça sem a formatação adequada de políticas públicas, decididas no jogo democrático, as quais implementarão a Constituição real que buscamos. É um consultivo forte, independente, porém harmonizado com as áreas assessoradas em verdadeira parceria, que propiciará a execução das escolhas públicas, tendo sempre em vista que o interesse público primário não poderá ser alcançado sem se resguardar o chamado interesse público secundário. Daí a importância de se superar essa dicotomia. A lei é o meio para a realização do interesse público, não o fim em si mesma. A consultoria é uma atividade essencialmente criativa, especialmente quanto aos sentidos possíveis da norma que também evolui com a sociedade. Não se pode fazer justiça, em qualquer dos sentidos, sem uma atividade consultiva que assessoro o Poder Executivo na missão de tornar possível a materialização dos direitos fundamentais preconizados pela Constituição, mediante a execução de políticas públicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia-Geral da União. Consultoria. Políticas Públicas. Justiça.

**ABSTRACT:** The relevance of the consultancy mission is definitely fixed in the Federal Constitution of 1988. AGU born beside MPF, with the feature of essentiality in the mission to seek the realization of justice. There is no justice without proper formatting policies decided in the democratic game, which will implement the real Constitution we seek. A strong consultancy independent but harmonized with the areas advised, in true partnership, that will provide the implementation of public choices, always bearing in mind that the primary public interest can not be achieved without protecting the public interest called secondary. Hence the importance of overcoming this dichotomy. The law is the means to the realization of the public interest, not the end in itself. The consultancy is an essentially creative activity, especially regarding the possible meanings of the norm which also evolves with society. We cannot do justice in any way without a consultative activity for assisting the Executive in the mission of making possible the realization of fundamental rights envisaged by the Constitution, through the implementation of public policies.

**KEYWORDS:** Advocacia-Geral da União. Consultancy. Public Policy. Justice.

## INTRODUÇÃO

Dispus-me a escrever sobre o tema após a palestra do doutor Arnaldo Sampaio de Godoy Filho, Consultor-Geral da Advocacia-Geral da União, proferida no curso de formação de Advogados da União, ocorrido em maio de 2013. O presente artigo está, fundamentalmente, baseado no conteúdo dessa ministração.

Obviamente, como recém-egresso da advocacia privada, o tema para mim é repleto de novidades – o que me desperta o interesse, porém não encontro dificuldades em compreender o papel do Advogado da União na sua missão consultiva quando me lembro dos tempos de banca; daí minha afinidade com a mencionada palestra.

A mim me parece, todavia, que o assunto não se encontra bem resolvido, havendo aqueles que se propõem a discordar, seja no desenvolvimento de argumentos contrários seja na execução de suas tarefas diárias. Há, portanto, campo fértil para a discussão que ora pretendo aderir com devotado respeito à divergência.

Eu mesmo reconheço que não é fácil consolidar uma mudança comportamental baseada em uma moderna visão de consultoria de estado, da lei, do interesse público, das políticas públicas, de democracia e de governo. Vez por outra sou pego tratando uma questão nova sob o enfoque de conceitos antigos.

Enfim, o presente artigo pretende apenas retomar o debate sobre o papel da consultoria na realização de políticas públicas.

## 1 A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA AGU

A Constituição de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, criando instituições independentes para o correto funcionamento da Justiça, delineando suas competências e áreas de atuação.

O constituinte, reformulando o modelo tradicional da tripartição de poderes, conferiu ao Ministério Público Federal (MPF), e à Advocacia de Estado, representada pela Advocacia Geral da União (AGU), posição de destaque na ordem jurídica nacional, estabelecendo-as com o caráter de essencialidade. Após tratar dos demais poderes de Estado sem, contudo, integrá-los subordinadamente, o Ministério Público e a Advocacia Geral foram erigidos à categoria de instituições constitucionais, em um passo ousado e inovador do constituinte originário, de relevante significado para a sociedade na sua constante busca pela realização de justiça.

A AGU nasceu com o objetivo basilar de defesa dos interesses do Estado, atribuição que antes era desempenhada pelo Ministério Público Federal.

Na década de 80, o fenômeno da capilaridade estatal, resultante do crescimento de demandas sociais num Estado voltado à implementação de políticas públicas de atendimento aos direitos fundamentais, gerou uma situação interpolar de grave conflituosidade interna. O Ministério Público agregava as funções de defesa do Estado e defesa da sociedade, em uma acumulação de tarefas extremamente prejudicial ao desempenho de ambas as funções, vez que era possível que o mesmo órgão atuasse em prol do autor e do réu na mesma demanda.

Então, não é desarrazoado dizer que a AGU e o MPF, no modelo delineado pela Constituição de 1988, nasceram do mesmo tronco, tiveram a mesma origem, têm suporte no mesmo fundamento (a defesa do interesse público), mas, para se resolver a antiga esquizofrenia jurídica de atuação, foram concebidos como instituições diversas.

Desobrigando o MPF de tal tarefa, a Constituição Federal outorgou à AGU dupla competência: a primeira postulatória ou contenciosa, pressupondo a judicialização de um conflito de interesses, e outra consultiva, eminentemente preventiva.

No âmbito contencioso, exerce a AGU a representação judicial e extrajudicial de todos os poderes da União e suas autarquias e fundações, bem como das demais instituições constitucionalmente independentes, como o próprio Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União. No consultivo, presta auxílio ao Poder Executivo Federal, sob a forma de consultoria e assessoria no que tange à constitucionalidade e legalidade de seus atos.

Preservando a origem, tanto o MPF quanto a AGU foram vinculados ao atendimento do interesse público, visto que ambas instituições estão formatadas no capítulo constitucional das funções essenciais à justiça.

## 2 CONSULTORIA COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Realizar a justiça, no sentido estrito e orgânico do termo<sup>1</sup>, representa um exercício direcionado ao correto funcionamento do aparato judiciário como um dos poderes-funções do Estado, atuando concretamente na missão constitucional de resolver os conflitos sociais representados por demandas judicializadas, visando à obtenção da pacificação social e à garantia da ordem jurídica.

No sentido amplo, a realização da justiça atrai a ideia de atribuir a cada um que lhe é devido, não apenas no sentido do direito material violado

---

1 Cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 127.

na acepção clássica aristotélica de justiça comutativa<sup>2</sup>, mas também a construção de novos caminhos para realizar a igualdade material, mais próxima de uma concepção distributiva, objetivada na Constituição Federal, tendo como vetor principal a dignidade da pessoa humana, essencial à construção de uma sociedade justa e solidária, firmada sobre o primado de um Estado Democrático de Direito (RAWLS<sup>3</sup>).

A distonia natural, porém indesejável, entre a Constituição material e a Constituição formal (LASSALE<sup>4</sup>) só pode ser superada se a realização da vontade de constituição (HESSE<sup>5</sup>) estiver fortalecida nas instituições permeadas da característica constitucional de essencialidade.

Ao criar a Advocacia-Geral da União no capítulo intitulado “Das Funções Essenciais à Justiça”, logo em seguida às disposições reservadas aos três poderes do Estado, o constituinte de 1988 conferiu-lhe *status* especial<sup>6</sup> nessa missão de realizar a justiça, aí se incluindo a função de prestar consultoria e assessoramento ao Poder Executivo<sup>7</sup>.

2 Segundo MORAIS, Aristóteles diz que as pessoas não são iguais, deste modo, não receberão coisas iguais, o que ocasiona reclamações, afirmando que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito de cada um”. (MORAIS, Márcio Eduardo. *Pensar A Justiça No Século Vinte e Um*: um breve estudo sobre os pensamentos de Aristóteles e de Rawls sobre a justiça e sua aplicabilidade no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://marcioeduardomoraes.blogspot.com.br/2010/08/pensar-justica-no-seculo-vingte-e-um-um.html>>. Acesso em: 29 ago. 2013).

3 Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 64.

4 Segundo LASSALE, não há valor em uma constituição jurídica dissociada da realidade. A “constituição de papel” só é boa quando reflete a constituição real. Em LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. p.48.

5 HESSE reconhece a importância de fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, porém realça o aspecto da vontade de Constituição, destacando a necessidade de disposição e consciência geral, especialmente dos poderes constituídos, de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: 1991. p. 5.

6 Como bem delineado no Parecer AGU/SFT n. 001/2009, o tratamento constitucional conferido à Advocacia Pública, tem por objetivo fazer o órgão assessorado alcançar a vontade da lei e a satisfação do interesse público.

7 Conforme MACEDO, a influência da Advocacia de Estado Italiana (Avvocatura Dell Stato) está marcada no legislador constituinte de 1988. Ressalta, entretanto, que, diferentemente da instituição italiana, a AGU tem fundamento constitucional, integra a organização do Estado e, por consequência, não pode sofrer mitigações decorrentes das alternâncias do poder político. MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 15.

A expressa menção constitucional à consultoria não foi por acaso. Significa dizer que o discurso constitucional sobre a Advocacia-Geral da União como instituição permanente e essencial à justiça perpassa, necessariamente, pela apropriação da ideia de que não se pode fazer justiça, em qualquer dos sentidos possíveis, sem uma atuação consultiva de qualidade na construção das ações do Estado.

### 3 A CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Sabendo-se que a consultoria e o assessoramento do Executivo se dão na fase da implementação do ato da Administração, temos de repensar o papel da função consultiva como elemento fundamental à concretização do Estado constitucional desejado pela Ordem de 88.

Atuando por mandamento constitucional na formação do ato estatal, a Advocacia-Geral da União exerce a precípua função de tutela dos postulados da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado, a fim de garantir a presunção geral de constitucionalidade e legalidade dos atos da administração<sup>8</sup>. O consultivo, em regra, atua previamente ao estabelecimento do conflito, com vista a oferecer conformidade e segurança jurídica aos atos administrativos que precisam ser praticados na materialização das políticas públicas sempre dependentes da viabilização de licitações, contratos, controles do patrimônio, serviços e servidores públicos, na proposição e análise de atos normativos, dentre outras.

Nesse sentido, a advocacia pública consultiva é essencial à justiça quando orienta, sob a forma de assessoramento ou de consultoria, a atuação dos gestores na construção da vontade estatal e na materialização da sua ação, sob a forma de atos administrativos e atos da administração, que visam, em última análise, tornar real a Constituição formal.

Considera-se que, distintamente do Poder Executivo, os poderes Judiciário e Legislativo, no que tange às suas funções precípua, não aplicam a lei de ofício, de forma que seus atos (julgar e legislar) não materializam políticas públicas. Daí a razão da advocacia pública consultiva funcionar apenas em favor do poder que tem a função de executar as escolhas públicas, pois é o executivo quem as implementa, cabendo ao legislativo aprová-las e ao judiciário julgar se sua execução está de acordo com a ordem jurídica.

---

8 Dentre as atribuições do Advogado Geral da União, previstas no art. 4º, da LC nº 73/93, destaca-se a de curador da constitucionalidade das leis.



A advocacia consultiva se apresenta, metaforicamente, como o cimento de ligação entre o materialmente e o juridicamente possível na construção de políticas públicas, que não são apenas uma decisão de plano de governo, mas, antes, uma decisão de políticas de estado que realize as escolhas constitucionais previamente definidas como estruturantes da sociedade que queremos ser. Estas escolhas são fundadas em direitos individuais e direitos coletivos, que somente se tornarão efetivos mediante ações de governo definidas no confronto parlamentar da disputa democrática.

É na análise da legalidade e da constitucionalidade que a consultoria e o assessoramento conferem legitimidade aos atos do Estado<sup>9</sup>. Essa legitimidade deve ser entendida na sua concepção ampla, representando a chancela política do jogo democrático, não apenas das maiorias parlamentares ocasionais, mas da que resulta do respeito às minorias, sintetizando as divergências em uma vontade democraticamente construída. O advogado de Estado na atuação consultiva é, pois, um ator constitucional no controle da legitimidade do exercício do poder, controle que se faz por meio da análise da juridicidade dos atos executivos.

Essa atuação conforme o direito pressupõe a observância da legalidade. É clássica a afirmação de que, diferentemente da pessoa física ou jurídica de natureza privada, que tem liberdade para atuar onde a lei não proíbe, à Administração Pública só compete agir quando autorizada expressamente pela lei. Ainda que seja necessária a releitura do postulado pelas rápidas transformações sociais hodiernas que reclamam imediata atuação dos poderes públicos mesmo nos espaços da vida comum ainda não disciplinados pela lei formal, ninguém olvida que a atuação administrativa depende do respeito absoluto à ordem jurídica, resultando na decantada máxima que administrar é aplicar a lei de ofício<sup>10</sup>.

Não pode o administrador público ir de encontro à lei, aos princípios e preceitos constitucionais, nem tampouco ferir as demais regras infralegais que se apoiam no dever de realização da vontade da Constituição. Na execução de políticas públicas, cabe ao Executivo pautar sua conduta visando ao atendimento do interesse público.

9 Segundo o Princípio da Juridicidade, defendido por CARMEM LÚCIA, o administrador tem certa liberdade de agir frente ao caso concreto, desde que pautar sua conduta de acordo com os vetores constitucionais, que orientam e condicionam sua atuação administrativa.

10 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 03.

#### 4 LEGALIDADE E INTERESSE PÚBLICO

Nesse quadro, a consultoria preventiva, historicamente relegada, veio ao cenário com importância ímpar. Pois, a lei não é um fim em si mesma. O interesse público não é o mero cumprimento da lei. A lei não é o interesse público, mas é o meio necessário a persegui-lo. O modelo legal nada mais é que a moldura e o jogo de pincéis e aquarelas de que dispõe o artista na realização de sua obra<sup>11</sup>. Na arte, a concepção se dá na alma, mas se exterioriza na pintura, delimitada pela sua moldura e instrumentos. A lei são os instrumentos possíveis à execução da arte de construir a justiça. Há, sem dúvida, relação de interdependência entre legalidade e justiça, mas são categorias distintas de um mesmo universo. A legalidade é o meio. A justiça é o fim. E é na justiça que se materializa o interesse público. O interesse público é o destinatário do todo arcabouço legal e de toda argumentação jurídica.

Calha considerar que a clássica dicotomia entre interesse público primário e secundário há de ser superada<sup>12</sup>. A realidade prática impõe a evolução dos conceitos, pois os conceitos têm a função de estabelecer o conhecimento e, por isso, não podem estar dissociados da realidade. São os casos reais e os confrontos do dia a dia que promovem a releitura de institutos e o revisitar as convicções<sup>13</sup>. Essa abertura se faz especialmente importante quando se trata da atuação consultiva da advocacia pública.

Na construção da vontade do Estado, seria hercúlea e inaproveitável à consultoria a tarefa de fazer distinção entre interesse público primário

11 KELSEN afirma que a lei não tem a amplitude de determinar com absoluta exatidão uma conduta, segundo ele “esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 246.

12 Conforme a distinção clássica, enquanto os interesses públicos primários retratam a os interesses da coletividade ou a dimensão pública dos interesses individuais, os secundários representam os objetivos particulares do Estado quando se comporta como pessoa jurídica titular de direitos e obrigações na ordem civil.

13 Segundo o constitucionalista BARROSO, a nova hermenêutica constitucional é a que exige do intérprete uma ação construtiva do direito, visando garantir a concretização dos comandos constitucionais. BARROSO, Luis Roberto. *O começo da História*. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc;revproc2003/arti\\_histdisbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc;revproc2003/arti_histdisbras.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2013.

e secundário. A consultoria deve conduzir o administrador público a uma atuação administrativa legítima, democrática e em sintonia com os valores constitucionais, que busca a realização dos vetores principiológicos que regem o Estado Democrático de Direito, concretizando os direitos que a Constituição criou, e que somente se materializam em políticas públicas escolhidas pelo Governo democraticamente eleito, o qual age sob o poder da representação outorgada pela Carta Constitucional. É o Governo, assim entendido administração pública no sentido subjetivo, quem está constitucionalmente obrigado a propor e executar políticas públicas

Propor e executar políticas públicas é condição de sua legitimidade<sup>14</sup>, de modo que eventual omissão é corrigível pela intervenção judicial<sup>15</sup>.

Num regime republicano, essas políticas públicas são formatadas em um programa de governo, que longe de serem meras decisões

---

14 FRISCHEISEN assevera que: “Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. [...] Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. [...] Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. [...] As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional”. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*, Max Limonad, São Paulo: 2000. p. 59, 95 e 97.

15 Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do AI 766942 AgR, relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, com a seguinte ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DEFENSORIA PÚBLICA. INSTITUIÇÃO DE REGIME DE PLANTÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.10.2008. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. A matéria constitucional versada no art. 37 da Carta Federal não foi analisada pelas instâncias ordinárias, tampouco opostos embargos de declaração para satisfazer o requisito do prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282/STF e 356/STF. Inexiste violação do artigo 2º da CF/88. O Supremo Tribunal Federal entende que é possível ao Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Estado a implementação de políticas públicas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos, não havendo que se falar, nessas situações, em violação do princípio da separação de poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.

discricionárias de quem foi eleito, estão definidas nas leis orçamentárias<sup>16</sup> votadas pelo parlamento.

Mas, executar programas que materializem as escolhas políticas constitucionalmente amparadas requer muito mais que boa vontade e disposição. Requer recursos de toda espécie: materiais, humanos, financeiros, tecnológicos e econômicos. Requer ainda planejamento com uma adequada administração do tempo, bem como decisão política de prioridades. Isso demanda uma administração voltada a executar as possibilidades e a proteger, com máximas forças, sua capacidade de execução. Sem preservar-se o interesse da Administração não se preservará o interesse da coletividade, pois o interesse daquela deve se fundar em adquirir capacidade para a realização deste. É uma correspondência biunívoca, com a reciprocidade de elementos existentes em conjuntos distintos.

Assim, o papel constitucional da AGU na função consultiva só restará bem desempenhado quando empreender todos os seus esforços e argumentos na proteção dos interesses da União, possibilitando ao Poder Executivo executar seu programa de governo, que, em última análise, são as escolhas democráticas constitucionais.

## 5 UMA ATUAÇÃO CONSULTIVA ADEQUADA À NOVA CONCEITUAÇÃO

A justiça que se faz no judiciário é a reparatória, posterior à instauração do conflito. É na fase consultiva, preexistente ao conflito, que se pode, de forma mais célere e adequada, concretizar os direitos constitucionais. Não se dará, porém, sem um consultivo forte que tanto contribui para diminuir a judicialização como viabiliza a imediata atuação do Poder Executivo na sua missão constitucional de fazer justiça por meio de políticas públicas.

O fortalecimento do consultivo, preconizado pela Constituição Federal, propicia a diminuição dos conflitos, a racionalização do serviço

---

16 KASHIWAKURA afirma que “o Orçamento-Programa, de acordo com Schubert, surgiu nos Estados Unidos, na década de 50, nas grandes empresas privadas, com o nome de Planning-Programming Budgeting System - PPBS, onde podemos citar empresas como Du Pont, General Motors e Ford, em um esforço para planejar os seus desenvolvimentos empresariais. [...] No Brasil, o orçamento moderno também está representado, também, no Orçamento-Programa, que foi sistematizado originalmente pela Organização das Nações Unidas (ONU), cuja concepção básica foi extraída da experiência federal americana obtida com a implantação do Orçamento de Desempenho (Performance Budget). A CONTABILIDADE GERENCIAL APLICADA AO ORÇAMENTO-PROGRAMA COMO INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO, Helder Kiyoshi Kashiwakura, disponível em: <[http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio\\_TN/IIPremio/sistemas/MH2tefpIIPITN/KASHIWAKURA\\_Helder\\_Kitoshi.pdf](http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/IIPremio/sistemas/MH2tefpIIPITN/KASHIWAKURA_Helder_Kitoshi.pdf)>. página 12/13, acesso em: 28 ago. 2013.

público e o atendimento das necessidades sociais, pois é ele quem garante, ao fim e ao cabo, a observância do princípio da juridicidade, como ato de controle, garantidor da finalidade pública. Políticas públicas mal-formatadas geram grande quantidade de demandas. A advocacia do futuro é necessariamente consultiva, pois tem como mote antever os problemas e equacioná-los para evitar o contencioso, reduzindo o universo de judicialização. A Constituição exige a intervenção da AGU na formatação da vontade estatal, orientando a ação, antecipando ao gestor público eventuais riscos e proporcionando elementos para ponderá-los.

A parceria com o gestor marca, portanto, a finalidade da existência da AGU como consultoria e assessoria. Construir soluções juridicamente possíveis para a efetivação da escolha política, decorrente do jogo democrático eleito, é atuar com efetividade na realização do interesse público. Essa parceria impõe um comprometimento intelectual com as políticas públicas, não necessariamente um comprometimento emocional, tendo como base a inafastável visão de complementaridade e transversalidade existente entre decisões democráticas de governo e interesse público.

A AGU atua como órgão auxiliar, na melhor acepção do termo, como ferramenta de unidade e de aproximação entre o dever e o poder, de forma tal que a sociedade sempre sairá fortalecida, qualquer que seja o resultado da consulta.

Essa contribuição se dá, essencialmente, na edição de pareceres em processos e procedimentos administrativos, bem como pareceres normativos, que dirimem dúvidas de interpretação da legislação, protegem o patrimônio público, asseguram direitos aos cidadãos e viabilizam programas governamentais.

## 6 O PARECER SUBSTANTIVO

O parecer, por ser orientador, não pode pecar pela falta de conclusividade. A cláusula clássica do salvo melhor juízo, opina pela impossibilidade. Evitar-se-á o “parecer ao lixo”. Quando determinada ação de política pública deve ser implementada, o que o gestor quer saber é como fazer, não basta dar-lhe um não. O desenho da obrigatoriedade constitucional da implementação de políticas públicas contempla as realidades de fato e de direito, e deve ser visto por olhos mais fechados para as impossibilidades e mais abertos para as possibilidades. Não se trata de ser advogado do “sim” ou advogado do “não”, mas ser o advogado do “possível”. Prestigiar-se-á a interlocução entre órgãos, as

visitas e reuniões que possibilitem uma visão adequada da realidade, nem sempre retratada na monocromática letra dos códigos. Há de se superar a tradicional opacidade existente entre os órgãos consultor e executor. A necessária inversão do papel dos atores no cenário da controvérsia colabora com eventuais recuos ou revisões de entendimentos, salutares na construção de possibilidades. Relevar conhecer as demandas sociais e ponderar os entendimentos contrários, evitando prejulgamentos baseados em conceitos estanques formados em convicções políticas quase sempre partidárias.

Objetividade e clareza evitam pareceres oceânicos afogados em uma linguagem rebuscada, que nada dizem. O gestor espera o parecer adequado e razoável, que traz opiniões divergentes e analisa riscos e consequências; não espera o belo.

A individualidade deve ceder à unidade, para conferir tratamento isonômico ao administrado e aos gestores responsáveis pelo cumprimento de atos de governo. Nesse passo, impõe-se quebrar o formalismo excessivo que impede a aproximação entre o consultivo e o contencioso, a fim de buscar a uniformização de entendimentos jurídicos sem perder a necessária independência de opinião, característica própria à função consultiva.

A análise do mérito cabe ao gestor. A missão maior do parecer consultivo é viabilizar atos de governo na realização de políticas públicas já decididas. Até a resposta negativa de possibilidade deve revestir-se de concretização do ideal de justiça, sem perder a noção de que a lei é instrumento, o meio, não o fim. A conclusão pela necessidade de mudança da legislação deve ser concretamente enfrentada se o sistema legal atual impõe óbices diretos ou indiretos à realização das escolhas democraticamente eleitas.

O risco de perda judicial não torna uma política inviável, pois, eventualmente, em prol do interesse público, deve-se avaliar a necessidade de correr certos riscos. Forte no princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, a palavra do judiciário sempre é a última, mas não será inexoravelmente a mais justa. Também nossos tribunais passam momentos de revisão de entendimento, mesmo sem ter havido qualquer mudança legislativa. Os fundamentos jurídicos das antigas decisões, longe de terem sido equivocados, nem sempre continuam a atender o interesse público. A dinâmica social requer que seja assim. Enfrentar e bancar riscos, desde que seja defensável perante os órgãos julgadores administrativos e judiciais não é uma questão de coragem ou irresponsabilidade, mas uma questão de convicção de que os argumentos se substituem e que sem enfrentamento não se obterá uma evolução. Fatos novos podem e devem rechaçar as melhores teses antigas. O consultivo é, por excelência, um construtor de teses.

O desempenho dessa cognição construtivista de mundo nos afirma como seres criativos das possibilidades jurídicas na formatação, implementação e viabilização de um Estado Democrático de Direito. Portanto, deve o parecer ser elaborado com base na doutrina e na jurisprudência, sem desprezar a atividade do advogado como intérprete construtor dos sentidos possíveis da norma dada.

## 7 CONCLUSÃO

A origem da AGU, ao lado do novo Ministério Público, impregnada das características de independência e essencialidade, tem suscitado grandes debates sobre a sua atuação constitucional, especialmente no que tange ao papel a ser desenvolvido pela consultoria jurídica junto aos órgãos do Poder Executivo.

A relevância da consultoria está constitucionalmente afirmada e destinada à materialização de políticas públicas, daí a razão da Norma Fundamental. Sem a implementação das escolhas públicas realizadas no jogo democrático do confronto parlamentar entre maiorias e minorias, não se pode fazer justiça. O gestor público é o constitucionalmente responsável por essa implementação; a missão constitucional da AGU é ajudá-lo.

O consultor de Estado deve ter essa consciência da responsabilidade, sempre buscando novos meios defensáveis para obstáculos antigos.

Atuando decisivamente em parceria, construindo teses e viabilizando as políticas públicas mediante a formatação jurídica das ações da Administração, o consultor estará contribuindo decisivamente para a realização da justiça.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Carmem Lucia Rocha. *Princípios constitucionais da Administração pública*. Belo horizonte: Del Rey, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. *O começo da História*. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc;revproc2003/arti\\_histdisbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc;revproc2003/arti_histdisbras.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2013.

BRASIL, *Parecer AGU/SFT n. 01/2009*. Compete exclusivamente à Advocacia-Geral da União e aos seus órgãos vinculados, por meio de seus membros, o desempenho das competências previstas no art. 131 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Impossibilidade legal de contratação excepcional de

serviços particulares de advocacia por órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Advocacia-Geral da União: Brasília, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 766942*. Primeira Turma. Relatora Ministra Rosa ROSA WEBER. STF: Brasília, 13 de agosto de 2013.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1991.

KASHIWAKURA, Helder Kiyoshi. *A contabilidade gerencial aplicada ao orçamento-programa como instrumento de avaliação de desempenho*. Disponível em: <[http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio\\_TN/IIPremio/sistemas/MH2tefpIIPTN/KASHIWAKURA\\_Helder\\_Kitoshi.pdf](http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/IIPremio/sistemas/MH2tefpIIPTN/KASHIWAKURA_Helder_Kitoshi.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MACEDO, Rommel, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1998*. São Paulo: LTr, 2008.

MORAIS, Márcio Eduardo. *Pensar a justiça no século vinte e um: um breve estudo sobre os pensamentos de Aristóteles e de Rawls sobre a justiça e sua aplicabilidade no Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://marcioeduardomoraes.blogspot.com.br/2010/08/pensar-justica-no-seculo-vinte-e-um-un.html>>, acesso em: 29 ago. 2013.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



---

# O NOVO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PUBLICOS FEDERAIS

*THE FEDERAL PUBLIC BENEFICIARIES NEW PENSION REGIME*

---

*Gabriela Baracho Moreira*

*Advogada da União lotada na Secretaria Geral de Contencioso*

*Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*

*“O sistema de Seguridade Social, misturando previdência, saúde e assistência social, foi criado na Constituição de 1988. As ambições eram escandinavas, e os recursos, moçambicanos”.*

(Roberto Campos - embaixador e deputado federal)

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Sistema Previdenciário Brasileiro; 2 Regime De Previdência Complementar; 2.1 Regime Aberto De Previdência Complementar – EAPC; 2.2 Regime Fechado De Previdência Complementar – EFPC; 3 Regime de Previdência do Servidor Público; 4 Regime de Previdência Complementar do Servidor Público Federal; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este trabalho analisa as características do sistema previdenciário brasileiro, com foco nas peculiaridades do novo regime de previdência complementar dos servidores públicos federais (FUNPRESP), instituído pela Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012. A partir de 4 de fevereiro de 2013, os servidores federais serão filiados obrigatórios do Regime Próprio de Previdência Complementar até o limite máximo de contribuição e benefício do INSS, podendo aderir ao fundo previdenciário federal, caso desejem aposentar-se com valor superior. Entretanto, das pesquisas realizadas até o momento pelos especialistas e estudiosos de direito previdenciário, tomando em conta taxas de juros realistas, o novo sistema previdenciário pagará benefícios menores para os servidores que ingressarem depois da criação do fundo em comparação com os atuais servidores, a despeito dos avanços para o equilíbrio atuarial do sistema federal de previdência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema Previdenciário. Regime Complementar. Servidores Federais. FUNPRESP. Características.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the characteristics of the Brazilian Social Security System, focusing on the peculiarities of the federal public beneficiaries new pension regime (FUNPRESP), established by Law No. 12.618, April 30, 2012. From February 4, 2013, federal servants will be mandatorily affiliates to the pension regime up to the maximum contribution limit and National Social Security System benefits. The federal servants can also adhere to federal pension fund if they wish to retire with a higher value. However, considering research conducted by Social Security Law experts, and assuming realistic interest rates, the new Social Security System will pay lower benefits for the servants who join after the fund creation, comparing to the actual servants, despite the progress for the Federal Security System actuarial balance.

**KEYWORDS:** Social Security System. Pension Regime. Federal Public Beneficiaries. FUNPRESP. Characteristics.

## INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 40 do Texto Constitucional, aos servidores titulares de cargos efetivos<sup>1</sup> da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Um dos efeitos da reforma previdenciária realizada por meio da Emenda Constitucional nº 20, de 1998 foi a autorização para que os entes públicos (que possuíssem regime próprio de previdência) instituíssem regime de previdência complementar para seus servidores e, assim o fazendo, limitar o valor das aposentadorias e pensões ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Nesse contexto, foi criado, por meio da Lei 12.618, de 30 de abril de 2012, o Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais. Desde 5 de fevereiro de 2013 os servidores federais que ingressam no serviço público federal são filiados obrigatórios do Regime Próprio de Previdência Complementar até o limite máximo de contribuição e benefício do INSS e, caso queiram, poderão aderir ao plano de previdência complementar.

O referido plano será gerido pela Funpresp- Exe, Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo, entidade fechada de previdência complementar, estruturada na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado e autonomia administrativa, financeira e gerencial.

No presente artigo serão apresentadas as características básicas do plano de previdência complementar dos servidores federais, bem como as expectativas dos estudiosos em relação ao seu impacto para os servidores recém ingressados no serviço público federal.

## 1 O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

O sistema previdenciário brasileiro é composto por três regimes: Regime Geral de Previdência Social, Regimes Próprios de Previdência e Regime Complementar de Previdência.

---

<sup>1</sup> Por força da Emenda Constitucional 20/98, ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplicar-se-á o Regime Geral de Previdência Social.

Dos regimes citados há dois básicos, que são o Regime Geral da Previdência Social – RGPS e os Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos – RPPS, sendo este último para servidores ocupantes de cargos efetivos e militares.

Em paralelo aos regimes básicos, há o regime complementar, que se subdivide em regime complementar privado aberto e regime complementar privado fechado.

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS), a cargo do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), é público e de caráter obrigatório para todos os trabalhadores do setor privado e servidores públicos contratados pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). De amplitude nacional e caráter contributivo, possui teto de contribuição e de benefício, regime financeiro de repartição simples e faz parte do sistema de Seguridade Social, que também custeia as despesas com saúde e assistência social.

Os Regimes Próprios dos Servidores Públicos, de responsabilidade dos tesouros dos respectivos empregadores (União, estados, Distrito Federal ou municípios), são públicos e de caráter obrigatório para os detentores de cargo efetivo, no caso dos servidores civis, e para os servidores militares, no caso das Forças Armadas. Fazem parte do orçamento fiscal, adotando o regime financeiro de repartição simples.

O objeto deste artigo cinge-se ao estudo do regime de previdência complementar privado fechado instituído pela União, razão pela qual nos ateremos apenas às peculiaridades do regime de previdência complementar.

## 2 REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

O regime de previdência complementar tem seu fundamento de validade constitucional no art. 202 da Constituição Federal de 1988, com alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998. Possui caráter facultativo e autônomo, pois a obtenção do benefício complementar independe da concessão da prestação pelos regimes básicos.

A filiação ao regime de previdência complementar é, portanto, facultativa. Trata-se de opção individual do beneficiário, o que implica a submissão do referido regime às normas de direito privado.

O regime de previdência complementar possui, assim, natureza contratual, submetendo-se, inclusive, às normas do Código de Defesa do Consumidor<sup>2</sup>, em contraposição à natureza institucional dos regimes básicos de previdência.

2 Súmula nº 321 do STJ: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.

Há que se destacar que a adesão facultativa ao regime complementar, fechado ou aberto, não exclui a obrigatoriedade de contribuição para o regime geral ou para o regime próprio, no caso de servidor público.

Com efeito, a principal diferença entre o regime geral e o regime complementar é que, enquanto aquele é um sistema contributivo de repartição, este último é um sistema de capitalização, vale dizer, o participante constitui reservas financeiras ao longo do tempo e este fundo irá custear o seu benefício.

Conforme lição doutrinária de Wladimir Novaes Martinez<sup>3</sup>, o sistema previdenciário complementar pode ser implementar ou meramente suplementar. Será implementar quando desvinculado do Regime Geral de Previdência Social, com a concessão do benefício privado independente do público concedido pelo INSS ou sistema próprio de previdência dos servidores públicos. Já o suplementar existirá quando o regime privado pagar valor adicional ao Regime Geral de Previdência Social, mas sem a obrigação de manter a mesma remuneração do trabalhador quando em atividade. O complementar, em sentido estrito, será somente aquele que mantiver o mesmo patamar remuneratório do beneficiário.

Nesse sentido, a nossa previdência complementar privada é implementar, já que a concessão de benefícios pelas entidades de previdência privada independe da aquisição da prestação pelo Regime Geral de Previdência Social, como dispõe a LC 109, de 2001, em seu artigo 68, §2º. Ou seja, pelas regras atuais, o participante de plano privado de previdência pode obter seu benefício privado mesmo não completando os requisitos necessários para a aquisição da prestação paga pelo Regime Geral de Previdência Social.

Os sistemas público e privado de previdência são autônomos conforme disposto no art.202, da Constituição Federal de 1988, que desvincula, expressamente, a relação previdenciária do vínculo laboral.

Dessa autonomia decorre uma circunstância a que se deve atentar. A previdência complementar não poderá contar com recursos estatais em caso de insuficiência financeira, logo, a manutenção do equilíbrio é ponto chave para a viabilidade da entidade, que contará, somente, com o auxílio dos patrocinadores e dos participantes.

Como adverte Fábio Zambitte<sup>4</sup>:

3 Apud. IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 15. ed. revista, ampliada e atualizada. . Niterói/ RJ. Impetus 2010.p.802

4 *Ibidem*,2010. p.805

O equilíbrio financeiro reflete a existência de reservas monetárias ou de investimentos, numerário ou aplicações suficientes para o adimplemento dos compromissos atuais e futuros previstos em Estatuto. Não se vislumbra aí somente o momento atual, mas também a concretização dos direitos ainda por serem materializados, isto é, a razoável certeza de adimplemento dos benefícios ainda por virem.

Para que exista o equilíbrio financeiro, não é necessária a existência de contínuos superávits, mas simplesmente o encontro positivo ou nulo entre receitas e despesas. Até mesmo curtos períodos de saldo negativo, em razão de conjunturas temporárias, são aceitáveis, desde que não comprometam a saúde do plano.

A Lei Complementar nº 109, de 2001, que dispõe sobre o regime de previdência complementar, diz que o sistema será denominado aberto, quando for acessível a qualquer pessoa. Em contrapartida, será fechado, quando os assistidos forem somente os empregados de empresas, grupo de empresas e agentes públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

## **2.1 REGIME ABERTO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – EAPC**

O regime aberto de previdência complementar será regido pelas entidades abertas, que serão constituídas sob a forma de sociedades anônimas, responsáveis por operar planos de benefícios concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas, independentemente de profissão ou idade.

As referidas entidades não têm qualquer vínculo com o Ministério da Previdência, que não possui qualquer ingerência sobre o segmento de regime complementar aberto. Isso não significa que não haja fiscalização, que é feita pelo Ministério da Fazenda, que exerce controle e fiscalização das entidades por meio da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.

Em geral, as entidades abertas atuam com fins lucrativos, mas não há impedimento legal a criação de fundos mútuos, isto é, regimes de previdência aberta sem fins lucrativos.

O regime aberto possui como características a portabilidade das carteiras, a possibilidade de resgate técnico das contribuições e a previsão de planos com renda continuada ou pagamento único.

Por fim, cumpre ressaltar que ao Poder Público é vedada a manutenção de regime aberto de previdência para seus servidores, devendo adotar sempre o fechado.

## **2.2 REGIME FECHADO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – EFPC.**

As entidades fechadas de previdência complementar – EFPC, conforme já mencionado, são somente acessíveis aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos agentes públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

Será patrocinador a empresa ou grupo de empresas, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas que institua para seus empregados ou servidores plano de benefício de caráter previdenciário, por intermédio de entidade fechada, enquanto instituidor é a pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial que institua para seus associados ou membros plano de benefício de caráter previdenciário.

As entidades fechadas são constituídas sob a forma de fundação ou de associação, não tendo finalidade lucrativa. Por este motivo, ao contrário das entidades abertas, que podem desenvolver outras atividades econômicas, desde que acessórias, as fechadas têm como objeto exclusivo a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, salvo serviços relativos à saúde, desde que já estivessem disponíveis em 30/05/2001, data da publicação da LC nº 109, de 2001.

Diferentemente do segmento aberto, o controle, a regulamentação e a fiscalização das entidades fechadas ficam a cargo da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, vinculada ao Ministério da Previdência Social – MPS.

As características deste regime são: a portabilidade das carteiras; a possibilidade de resgate total; a facultatividade de contribuição do patrocinador e a universalidade de oferecimento do plano para todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores.

As entidades de previdência privada, sejam abertas ou fechadas, não podem requerer falência ou concordata, sujeitando-se a procedimento de liquidação extrajudicial previsto na LC nº 109, de 2001, semelhante àquele adotado para as instituições financeiras. Submetem-se ainda a intervenção estatal determinada pelo Ministro de Estado competente para conceder a autorização de funcionamento da entidade, o qual nomeará interventor com plenos poderes para administrá-la e geri-la.

### **3 REGIME DE PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR PÚBLICO**

Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal encontra amparo constitucional no art. 40 da Constituição Federal, profundamente alterado pelas reformas implementadas por meio das Emendas Constitucionais nº 19, de 1998, nº 41, de 2003 e nº 47, de 2005. Em sede infraconstitucional, os regimes próprios de previdência estão regulamentados pela Lei nº 9.717, de 1998.

A Lei nº 9.717, de 1998 dispõe sobre algumas peculiaridades do regime próprio, por exemplo, a vinculação exclusiva das contribuições ao pagamento dos benefícios e a cobertura exclusiva a servidores titulares de cargo efetivo, cabendo aos demais, ocupantes de cargos temporários, empregados públicos e servidores comissionados, a vinculação obrigatória ao RGPS.

O regime de previdência do servidor público deve garantir, no mínimo, a proteção previdenciária relativa à aposentadoria e pensão, não podendo oferecer benefícios diversos daqueles previstos pelo regime geral de previdência social.

### **4 REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL**

O ex-presidente Fernando Henrique Cardoso instituiu, à época de seus governos, algumas reformas previdenciárias a partir de emendas ao Texto Constitucional.

Uma dessas emendas foi a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que acrescentou o parágrafo 14 ao artigo 40 da Constituição Federal para autorizar que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios limitassem a cobertura dos respectivos regimes próprios de previdência dos servidores ao teto do Regime Geral de Previdência Social, desde que instituíssem regime de previdência complementar para os seus servidores de cargo efetivo.

A Emenda Constitucional nº 41, de 2003, editada no governo do ex-presidente Lula, por sua vez, alterou a redação do parágrafo 15 do artigo 40 da Constituição Federal, para dispor que os regimes de previdência complementar poderiam ser criados por lei ordinária, afastando a exigência de lei complementar, determinando, ainda, que os planos a serem ofertados deveriam obedecer a modalidade de contribuição definida.

Com a justificativa de dar continuidade às reformas da previdência, e buscar a recomposição do equilíbrio da previdência pública, sua maior



eficiência, solvência e isonomia de tratamento entre os trabalhadores do setor público e privado, a União instituiu seu regime complementar privado de previdência.

De acordo com informações disponibilizadas no sítio eletrônico do Ministério da Previdência e Assistência Social<sup>5</sup>, por meio de “Perguntas e respostas sobre a instituição do Regime de Previdência Complementar para os servidores públicos da União”, os resultados esperados pelo governo com a instituição do regime complementar do servidor são garantir tratamento isonômico entre os trabalhadores da iniciativa privada e do serviço público; incentivar a formação de poupança de longo prazo, a ser investida no desenvolvimento econômico e social do país e reduzir o impacto fiscal e orçamentário nas contas da União, com claros ganhos para a sociedade.

Em 5 de fevereiro de 2013, começou a vigorar a Previdência Complementar dos Servidores Públicos, instituída pela Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012. O governo, por meio da Portaria nº 44, de 31 de janeiro de 2013, publicada no Diário Oficial da União de 4 de fevereiro de 2013, editada pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), aprovou os planos de benefícios e o Convênio de Adesão da União à Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal.

A partir da referida data os servidores federais serão filiados obrigatórios do Regime Próprio de Previdência Complementar até o limite máximo de contribuição e benefício do INSS<sup>6</sup>. Se o servidor desejar aposentar-se com valor superior poderá aderir ao plano de previdência complementar.

Na opinião do ilustre doutrinador, referência no estudo de direito previdenciário, Fábio Zambitte<sup>7</sup>:

O limite justifica-se, já que o benefício previdenciário básico tem natureza eminentemente alimentar. A previdência social visa a manter os meios necessários para a manutenção do trabalhador e de sua família, mas não o padrão de vida do mesmo, adquirido na ativa.

Qualquer complementação fica a cargo do próprio beneficiário, não assumindo o Estado qualquer responsabilidade pela manutenção do

5 Disponível em: <[http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3\\_120420-160810-740.pdf](http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_120420-160810-740.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2013.

6 Hoje, nos termos da Portaria Interministerial MPS/MS nº15, de 10 de janeiro de 2013, o valor máximo de benefício e contribuição é de R\$ 4.159,00 (quatro mil cento e cinquenta e nove reais).

7 IBRAHIM, op.cit., p.801.

mesmo patamar remuneratório do trabalhador. Manter a plenitude dos ingressos pecuniários do segurado não é de responsabilidade da previdência social.

Daí resulta a lógica da previdência complementar - sistema securitário privado e facultativo, almejando atender as pessoas que desejam gozar a velhice com maior conforto, tendo ingressos superiores ao teto do RGPS.

O Exec-prev é o plano de previdência complementar dos servidores do Poder Executivo Federal ocupantes de cargo efetivo. Será gerido pela Funpresp- Exe, Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo, entidade fechada de previdência complementar, estruturada na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado e autonomia administrativa, financeira e gerencial, tem por finalidade administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, na modalidade de contribuição definida<sup>8</sup>.

Nos termos do Regulamento, notadamente de seu art.4º,

A administração da Funpresp-Exe observará os princípios que regem a administração pública, especialmente os da eficiência e da economicidade, devendo adotar mecanismos de gestão operacional que maximizem a utilização de recursos, de forma a otimizar o atendimento aos participantes e assistidos e diminuir as despesas administrativas.

Serão participantes do plano, desde que façam a adesão, voluntariamente e a qualquer momento, os titulares de cargo efetivo dos órgãos da administração direta, autarquia e fundações do Poder Executivo Federal, do Ministério Público da União, do Conselho Nacional do Ministério Público, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Tribunal de Contas da União. A adesão surtirá efeitos a partir da data do protocolo na unidade de recursos humanos do patrocinador ou diretamente na Funpresp-Exe.

O plano é estruturado na modalidade de contribuição definida, em que as contribuições são previamente estabelecidas pelo participante de acordo com as regras definidas no regulamento do plano. O valor do benefício será ajustado ao saldo da conta mantida pelo participante, vale

8 Art.1º do Estatuto do FUNPRESP- EXE – Aprovado pela Portaria DITEC/PREVIC/MPS nº 604, de 19 de outubro de 2012.

dizer, será considerado o resultado líquido da aplicação, das contribuições e dos benefícios pagos.

Sobre o plano de contribuição definida pondera Zambitte<sup>9</sup> que:

Apesar do desconhecimento do valor que será pago no futuro, é este o sistema preferido dos especialistas na área, já que traz maior garantia de equilíbrio financeiro e atuarial ao sistema, uma vez que a prestação a ser efetuada levará em consideração os valores pagos e os rendimentos efetivamente existentes à época, e não dentro de uma previsão aproximada, quando da entrada no plano.

Este plano não é compatível com benefícios não programados, pois um participante que tenha se tornado inválido nos primeiros anos de trabalho fatalmente não terá ingressado com recursos suficientes para a manutenção de um benefício adequado, durante o restante de sua vida.

O participante ativo normal é aquele cuja remuneração excede ao teto do Regime Geral de Previdência. Neste caso, o patrocinador também efetuará contribuições ao plano, de acordo com os limites estabelecidos no regulamento.

A contribuição do patrocinador se dará na proporção de 1 por 1, respeitado o percentual de contribuição escolhido pelo participante que poderá ser de 7,5%, 8% ou 8,5% sobre o salário de participação (parcela da remuneração que exceder ao teto do regime geral de previdência social).

A alíquota da contribuição básica do participante poderá ser revista anualmente no mês de abril, passando a vigorar a partir do junho subsequente.

Caso, todavia, o salário do servidor seja inferior ao teto do INSS e ele queira contribuir para reforçar a renda na aposentadoria poderá fazê-lo, na qualidade de participante ativo alternativo, ao escolher um valor em reais, que poderá variar de R\$ 75,00 a R\$ 2.040,00 (valores atuais).

Em havendo cessão do servidor participante para outro órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive suas empresas públicas e sociedades de economia mista, com ou sem ônus para o patrocinador, ele permanecerá filiado ao plano, mantendo-se inalterada a responsabilidade do patrocinador pelo recolhimento à entidade das contribuições do

9 IBRAHIM, op.cit., p.810

participante e, no caso de participante ativo normal, também das contribuições do Patrocinador.

Quanto aos servidores que já estavam no serviço público antes de 5 de fevereiro de 2013, eles poderão, se desejarem, aderir à previdência complementar em 24 meses (até 5 de fevereiro de 2015) renunciando, porém, ao direito à aposentadoria integral pelo regime próprio, no caso de quem ingressou até 31 de dezembro de 2003, ou à aposentadoria pela média de suas contribuições, no caso dos que ingressaram entre 1º de janeiro de 2004 e 4 de fevereiro de 2013.

Antônio Augusto de Queiroz, jornalista e analista político, em entrevista dada a sítio Jurídico CONJUR<sup>10</sup>, questionado se haveria alguma vantagem para o servidor federal que ingressou antes de fevereiro de 2003 migrar para o plano de previdência complementar respondeu que,

O servidor que decidir migrar para a previdência complementar, embora vá ter direito a um benefício diferido/especial proporcional ao tempo que contribuiu pela totalidade da remuneração, além de aposentadoria limitada ao teto pelo Regime Próprio, precisa saber que na previdência completar o percentual que será capitalizado para sua complementação será de 17% (8,5% dele e 8,5% do governo), dos quais serão descontados taxa de administração e percentuais para um fundo de cobertura de benefício extraordinário (para morte, invalidez, aposentadorias especiais, como magistério, aposentadoria da mulher e de sobrevivência do assistido), enquanto no sistema em que ele contribuiu pela totalidade da remuneração, sua aposentadoria terá por base de cálculo 33% (11% dele e 22% do governo) da totalidade da remuneração.

Gilmar Gonçalves Ferreira defendeu, como tese de mestrado, um estudo sobre as condições atuariais para a construção do fundo previdenciário federal – FUNPRESP, no ano de 2008, tomando em conta o projeto de lei apresentado no Congresso Nacional, e chegou às seguintes conclusões sobre o impacto do plano para os servidores:

Considerando os resultados globais, observamos que com a criação do fundo federal os valores dos benefícios pagos pelo fundo e consequentemente a migração dos servidores para o fundo passam a depender basicamente da taxa de juros real esperada e da idade do servidor no momento do ingresso no fundo.

---

10 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-07/antonio-queiroz-entra-vigor-previdencia-complementar-servidor>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

Para um cenário otimista com taxas de juro real de 6% ao ano os resultados são conclusivos para a migração para o fundo, independente ao qual plano anterior o servidor pertencia. Mas para esse tipo de análise, para um sistema previdenciário desenhado para vigorar no longo prazo, devemos levar em consideração a taxa de juros de equilíbrio de longo prazo que é uma taxa mais conservadora do que a do mercado, aproximando do crescimento do PIB. Com uma taxa de juros conservadora próxima de 3%, os resultados não dependem mais da idade de ingresso no fundo. E os resultados são bastante conclusivos: i) os atuais servidores não devem migrar para o fundo federal, seus benefícios serão bem menores se migrarem; ii) os servidores que ingressaram no serviço público federal após a criação do fundo e tiverem remuneração acima do piso receberão benefícios menores que os servidores atuais; iii) as mulheres receberão benefícios menores que os homens, em função do menor tempo de contribuição, expectativa de vida maior e menor taxa de crescimento salarial.<sup>11</sup>

Em relação aos servidores oriundos de outras carreiras estaduais, do Distrito Federal ou municipais, em palestra realizada durante o curso de formação dos ingressos na carreira de Advogado da União, em 20 maio de 2013, Ricardo Pena, diretor-presidente da Funpresp-Exe, aconselhou que eles aguardassem a publicação do decreto que regulamentará os artigos 3º e 22 da Lei nº 12.618, de 2013.

As vantagens do regime de previdência complementar, segundo os especialistas, são: a contribuição do patrocinador, que dobra o capital; a garantia de vencimentos maiores na aposentadoria; a dedução das contribuições no Imposto de Renda (até 12% dos rendimentos tributáveis); a isenção de contribuição na aposentadoria (11% no Regime Próprio); a possibilidade de escolha do percentual de sua contribuição; imposto de renda de 10% sobre o benefício da aposentadoria independente do valor (opção pelo Regime Regressivo); o recebimento de cem por cento da rentabilidade líquida dos investimentos da conta individual; possibilidade de portabilidade, e garantia de aposentadoria por invalidez ou pensão para a família<sup>12</sup>.

---

11 FERREIRA, Gilmar Gonçalves. *Condições atuariais para a construção do fundo previdenciário federal - FUNPRESP*. 2008. Dissertação (Mestrado em Teoria Económica) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12138/tde-27062008-162839/>>. Acesso em: 26 ago. 2013. p.63.

12 Disponível em: <<http://www.funpresp.com.br/campanha/>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

Mas, obviamente, há riscos. Ao aprovar o Funpresp, o governo está fazendo com que o Estado brasileiro abra mão de qualquer responsabilidade com as aposentadorias dos trabalhadores públicos, entregando ao mercado financeiro o destino de milhares de trabalhadores.

É fato que, se houver uma boa rentabilidade, a aposentadoria poderá se dar com benefício igual ou maior do que o valor recebido na ativa, em contrapartida, se a rentabilidade for ruim, o benefício será menor. Além disso, se a expectativa de vida aumentar mais que o projetado, o benefício reduzirá.

No tocante à aplicação do patrimônio, o regulamento dispõe que a Funpresp-Exe aplicará o patrimônio dos planos de benefícios de acordo com a legislação pertinente e as políticas aprovadas pelo Conselho Deliberativo, observando condições de segurança, rentabilidade, liquidez, transparência e solvência compatíveis com os compromissos dos planos de benefícios.

Estabelece o regulamento, igualmente, que a gestão dos recursos, correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos dos planos de benefícios, poderá ser realizada por meio de carteira própria, carteira administrada ou fundos de investimento.

Somente poderão ser contratadas instituições, administradores de carteiras ou fundos de investimento que estejam autorizados e registrados na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, mediante licitação, cujos contratos terão prazo total máximo de execução de cinco anos.

O regulamento, ao tratar dos perfis de investimento, dispõe que

Art. 19. O Conselho Deliberativo da Entidade poderá instituir Perfis de Investimentos distintos a serem escolhidos pelos Participantes, sob o seu inteiro risco e sob a sua exclusiva responsabilidade, para a aplicação dos recursos alocados nas suas respectivas Contas Individuais, em conformidade com as regras e procedimentos aprovados pelo Conselho Deliberativo sobre a composição das carteiras de investimentos e os limites de aplicação

Para começar a funcionar, o fundo do Executivo contará com um aporte inicial do Governo de cinquenta milhões de reais.

Interessante ressaltar, outrossim, que o governo também negociou a criação de um fundo especial para as mulheres, servidores que atuem como professores do ensino básico e que exerçam profissões de risco, como policiais federais, rodoviários federais e médicos que trabalhem em regiões de fronteira e que se aposentam com período menor de contribuição.

O plano oferecerá aos participantes e beneficiários os seguintes benefícios: aposentadoria normal<sup>13</sup>; aposentadoria por invalidez; pensão por morte; benefício por sobrevivência do assistido e benefício suplementar.

Para cobertura dos riscos decorrentes de morte e invalidez, será criado um fundo financeiro específico, formado com parte da soma de contribuições da União e dos servidores. Esses recursos serão reservados para fazer frente aos casos fortuitos de morte e invalidez, porventura ocorridos durante a fase de formação de sua reserva, garantindo segurança aos servidores e sua família.

Em resumo, da contribuição do servidor 72% será destinado à sua conta individual, 21% irá para o fundo coletivo e 7% custeará a taxa de administração.

Caso o participante decida se retirar do plano, poderá fazê-lo a qualquer tempo e, após a perda do vínculo funcional com o patrocinador, poderá resgatar os recursos financeiros ou transferi-los para outro plano de previdência privada.

É possível, também, que o participante faça a portabilidade dos recursos financeiros correspondentes ao seu direito acumulado para outro plano previdenciário operado por entidade de previdência complementar ou seguradora, desde que esteja extinto o vínculo funcional com o patrocinador, tenha sido cumprida uma carência de três anos e não tenha havido opção de resgate.

O órgão máximo da estrutura organizacional da Funpresp-Exe é o Conselho Deliberativo, composto por seis membros titulares e respectivos suplentes, sendo três representantes dos patrocinadores e três eleitos pelos participantes, responsável pela definição da política geral de administração.

Contará com um Conselho Fiscal, responsável pela fiscalização e controle internos, composto por quatro membros titulares e suplentes, sendo dois representantes dos patrocinadores e dois representantes dos participantes.

Há, ainda, uma Diretoria-Executiva, de administração e gestão, responsável por executar as diretrizes e a política de administração estabelecidas pelo Conselho Deliberativo. Composta por quatro membros: Diretor-Presidente, Diretor de Investimentos, Diretor de Seguridade e Diretor de Administração.

---

<sup>13</sup> Para a concessão de aposentadoria normal é exigida a concessão de aposentadoria voluntária ou aposentadoria compulsória pelo RPPS e carência de 60 (sessenta) meses de filiação ao Plano, exceto no caso de concessão de aposentadoria compulsória pelo RPPS.

O acompanhamento e a fiscalização do plano serão exercidos pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, pelo Banco Central – Bacen e pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, além dos Conselhos Fiscal e Deliberativo da Entidade.

As patrocinadoras estão obrigadas a realizar a supervisão das atividades das entidades de forma permanente e o próprio participante poderá exercê-la por meio de análise das informações recebidas, periodicamente, acerca do seu saldo de contas e do desempenho da Entidade.

Além disso, ao final de cada exercício, haverá auditoria externa sobre as contas da Entidade.

## 5 CONCLUSÃO

O novo Regime de Previdência Complementar dos servidores federais, embora tenha sido uma opção política para tentar recuperar nos próximos anos a saúde financeira do sistema previdenciário, que, como todos sabem, é deficitário, além de tentar aproximar os servidores públicos da realidade do Regime geral de Previdência Social, é ainda visto com ressalvas pelos servidores federais.

A criação do FUNPRESP faz com que os benefícios fiquem atrelados diretamente à contribuição de cada servidor e não mais à sua remuneração. Assim, os valores dos benefícios dependerão, basicamente, da taxa de juros real e da idade do servidor no momento de ingresso no FUNPRESP.

Considerando-se uma taxa de juros conservadora, tomando como base a média de mercado, certo é que os servidores que aderirem ao FUNPRESP receberão benefícios menores que os recebidos pelos servidores que se submetem ao regime vigente até 5 de fevereiro de 2003. Isso porque na previdência completar o percentual que será capitalizado para a complementação será de 17% (8,5% do servidor e 8,5% do governo, opção máxima), dos quais serão descontados taxa de administração e percentuais para um fundo de cobertura de benefício extraordinário, enquanto que na sistemática anterior a complementação terá por base de cálculo 33% (11% do servidor e 22% do governo) da totalidade da remuneração

Ainda é cedo para conclusões a respeito do novo Plano, mas a futura aposentadoria dos recém ingressos no serviço público federal e daqueles que optarem pelo novo plano dependerá de fatores alheios à sua vontade, como a administração e gestão do Fundo, boa rentabilidade da carteira de investimentos, bem como crises e especulações nos sistema financeiro.



**REFERÊNCIAS**

AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Direito Previdenciário Esquematizado*. Salvador: Juspodivm, BA. 2010.

Estatuto do FUNPRESP- EXE – Aprovado pela Portaria DITEC/PREVIC/MPS nº 604, de 19 de outubro de 2012.

FERREIRA, Gilmar Gonçalves. *Condições atuariais para a construção do fundo previdenciário federal - FUNPRESP*. 2008. Dissertação (Mestrado em Teoria Econômica) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12138/tde-27062008-162839/>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

GOES, Hugo. *Manual de Direito Previdenciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 15. ed. revista, ampliada e atualizada. Niterói: Impetus, RJ. 2010.

MARIZ, Jaime. A importância da Funpresp. *Publicação do Ministério da Previdência Social*. Ano II, nº 3, maio/ago. 2012.

Manual do Participante do Plano Executivo Federal – FUNPRESP- EXE

Regulamento do Plano de Benefícios dos Servidores Públicos Federais do Poder Executivo.



---

PROGRAMA DE REDUÇÃO DE LITÍGIOS E DE  
APERFEIÇOAMENTO DA DEFESA JUDICIAL DA  
UNIÃO: O CONTRIBUIR DA ADVOCACIA-GERAL  
DA UNIÃO PARA EFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO DA  
TUTELA JURISDICIONAL

---

*REDUCTION LITIGATION PROGRAM AND IMPROVEMENTE OF  
JUDICIAL DEFENSE OF THE UNION: THE CONTRIBUTION OF THE  
ADVOCACY-GENERAL OF THE UNION FOR EFFICIENCY BY COURTS*

*Giselli dos Santos*

*Advogada da União com atuação perante a Procuradoria-Geral da União*

*Especialista em Ciências Penais*

*Formada pela Universidade Estadual de Maringá*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Reformas legislativas; 2  
Aparelhamento do Poder Judiciário; 3 Programa de  
redução de litígios e de aperfeiçoamento da defesa  
judicial da União; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Diante da urgência em prestar aos jurisdicionados, de modo eficaz, a tutela de seus direitos, surge de forma imperativa a necessidade de atuação conjunta dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, a fim de concretizar o direito fundamental, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, à razoável duração do processo. Nesse contexto, o Programa de Redução de Litígios e de Aperfeiçoamento da Defesa Judicial da União possibilita, em cada caso, que o Advogado da União desista do recurso interposto, ou deixe de recorrer de determinadas decisões, fazendo não só com que o processo tramite de modo mais célere, mas também não sobrecarregando o Poder Judiciário, possibilitando a concentração de esforços no desenvolvimento de melhores teses e prestigiando a Advocacia-Geral da União, como instituição, perante a comunidade jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela Jurisdicional. Eficiência. Atuação Conjunta dos Poderes do Estado.

**ABSTRACT:** Given the urgency to provide jurisdictional, effectively, the protection of their rights, arises from the imperative need for joint action of the Legislative, Executive and Judiciary, in order to realize the fundamental right insculpido in item's LXXVIII art. 5 of the Federal Constitution, the reasonable duration of the process. In this context, the Programme for Reducing Litigation and Judicial Improvement Defence Union provides, in each case, the Attorney Union abandonment of the appeal or leave to appeal certain decisions, making not only the process of tramite more swiftly, but not overloading the judiciary, enabling the concentration of efforts in developing better theories and prestige to the Attorney General's Office as an institution before the legal community.

**KEYWORDS:** Judicial Protection. Efficiency. Joint Action of the Powers of the State.

## INTRODUÇÃO

A partir do momento histórico em que o Estado assumiu a responsabilidade de pacificar os conflitos de interesses entre os indivíduos, retirando-lhes a autotutela – reservando o uso da própria força para casos excepcionais –, e aplicando o Direito ao caso concreto – jurisdição que, nada mais é do que dizer o direito (*juris dictio*) –, também assumiu a obrigação de fazê-lo de modo adequado e eficaz. E esta eficiência, como não poderia deixar de ser, está intimamente ligada à celeridade em dizer o direito, em prestar a tutela jurisdicional, pois como afirmou Ruy Barbosa, em sua conhecida “Oração aos moços”, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Embora eficiência não seja sinônimo de celeridade, uma vez que também é necessária uma prestação jurisdicional com qualidade de conteúdo, uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo Estado hoje – e há muito, na verdade – é conseguir dizer o Direito em tempo razoável, aliando segurança jurídica, no que diz respeito à complexidade de determinadas demandas, e celeridade, a fim de efetivar o acesso à Justiça.

É sob a mira do acesso à Justiça e eficácia da tutela jurisdicional que diversas reformas processuais têm sido inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, como a elevação à categoria de fundamental do direito à razoável duração do processo, inserido dentre as cláusulas pétreas no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional 45, de 30/12/2004, de modo 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*”.

Ao comentar o novel direito fundamental, o constitucionalista José Afonso da Silva<sup>1</sup> afirma que:

A razoável duração do processo como que delimita a celeridade de sua tramitação. Celeridade é signo velocidade no seu mais lato grau; processo célere seria aquele que tramitasse com a maior velocidade possível; mais do que isso, só um processo célerrimo. Processo com razoável duração já não significa, necessariamente, um processo veloz, mas um processo que deve andar com certa rapidez, de modo a que as partes tenham uma prestação jurisdicional em tempo hábil. Poder-se-ia dizer, portanto, que bastava o dispositivo garantir uma razoável duração do processo para que o acesso à justiça não se traduzisse no tormento dos jurisdicionados em decorrência da morosidade da prestação jurisdicional, que não apenas é irrazoável,

1 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.177.

como profundamente irracional. Nesse signo razoável duração do processo se tem um aceno ao princípio da razoabilidade, cuja textura aberta proporciona ponderações que podem reduzir, em muito, os objetivos que o texto em comentário visa a acalcar – e, assim, diria que se teria uma ponderação aberta, por não estar sopesando dois valores ou dois objetos, mas apenas verificando se o juiz teve, ou não, razões para demorar sua decisão, levando-se em conta a carga de trabalho que pesava sobre ele. É aqui que a garantia da celeridade da tramitação tem sua importância, já que o que se tem não é uma garantia abstrata da celeridade, mas o dever de preordenar meios para ser alcançada. De certo modo, enquanto não se aparelhar o Judiciário com tais meios, a razoabilidade da demora fica sempre sujeita a saber se o magistrado tinha, ou não, possibilidade de fazer andar seu processo mais rapidamente. *Corre-se, assim, o risco da previsão de mais uma garantia individual sujeita à ineficácia, já que ela vai depender de providências ulteriores* (grifo nosso).

Extrai-se do excerto o receio do eminente constitucionalista no sentido de que o direito à razoável duração do processo não passe de “mais uma garantia individual sujeita à ineficácia, já que ela vai depender de providências ulteriores”, mencionando especificamente a necessidade de aparelhamento do Poder Judiciário.

Todavia, ao lado do Estado-Juiz, a fim de proporcionar efetiva prestação jurisdicional e acesso à Justiça, também devem atuar os demais “Poderes” do Estado – utilizando-se a nomenclatura trazida pela própria Constituição da República, ao inserir em seu art. 2º que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, apesar da ciência de que o poder do Estado é uno, manifestando-se primordialmente nessas três “funções”.

Assim, prestação jurisdicional eficaz vai além do aparelhamento do Poder Judiciário – mas também por ele –, passando pelo aprimoramento da legislação processual e pela correta utilização do direito de ação por todos os jurisdicionados, inclusive pela Administração Pública.

É nesse contexto que se insere o Programa de Redução de Litígios e de Aperfeiçoamento da Defesa Judicial da União, instituído pelo Despacho Conjunto n.º 01/2012/DCM-DSP/PGU/AGU, de 17/04/2012, através do qual a Advocacia-Geral da União confere aos Advogados da União, em cada caso, a possibilidade de deixar de recorrer de decisões desfavoráveis à União, e até mesmo desistir de recursos interpostos, contribuindo para “desafogar” o Poder Judiciário e, via de consequência, garantir a todos acesso à Justiça.

## 1 REFORMAS LEGISLATIVAS

A eficácia da prestação jurisdicional passa pela melhoria do próprio ordenamento jurídico através da atuação do Poder Legislativo com a edição de novas leis que regulamentem o processo.

Assim, tem sido realizada uma série de minirreformas no Código de Processo Civil – além da existência de Projeto de Lei 8.046/2010 para a edição de um novo estatuto processual que vem sendo discutido no Congresso Nacional –, dentre as quais destacam-se as seguintes:

A inserção do § 3º ao art. 515 do Código de Processo Civil pela Lei 10.352, de 26/12/2001, possibilitou aos Tribunais, ao decidir sobre apelação de sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, julgar desde logo a lide, contanto que a causa verse sobre questão exclusivamente de direito e esteja em condições de imediato julgamento – teoria da causa madura. Referido parágrafo corrigiu uma distorção existente no ordenamento jurídico, já que sem a permissão legislativa, o Tribunal deveria reconhecer que o feito foi extinto sem resolução de mérito de modo inadequado, reformar a sentença de piso, e remeter o feito ao Juízo de origem, para que proferisse nova sentença, mesmo se o feito já estivesse em condições de imediato julgamento.

De outro lado, a Lei 11.232, de 22/12/2005, que inseriu os arts. 475-A a 475-R no Código de Processo Civil, instituiu o chamado “processo sincrético”, amalgamando a ação de conhecimento e a ação de execução e estabelecendo a “fase de cumprimento de sentença”. Assim, o autor que se sagrou vencedor em uma ação de conhecimento, no lugar de propor uma nova ação – a de execução do feito cognitivo – basta proceder à liquidação de sentença e ao seu cumprimento.

À semelhança, a Lei 11.277, de 07/02/2006, introduziu o art. 285-A no Código de Processo Civil – julgamento antecipadíssimo da lide –, permitindo ao juiz nas chamadas demandas multitudinárias reproduzir sentença anteriormente prolatada se se tratar de matéria exclusivamente de direito e já houver, em casos idênticos, proferido sentença de improcedência, dispensando-se a citação.

Nesse ínterim, não poderia deixar de ser mencionadas as Leis 11.418, de 19/12/2006, e 11.672 de 08/05/2008, que introduziram a sistemática da repercussão geral e do julgamento por amostragem, respectivamente.

Com o intuito de racionalizar a atuação do Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004, inseriu o §3º ao art. 102 da Carga Magna e trouxe a necessidade de, no recurso extraordinário, o recorrente demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais

discutidas no caso. A Lei 11.418, de 19/12/2006 regulamentou o preceptivo constitucional através da inserção do art. 543-A ao Código de Processo Civil, pelo que deve o recorrente, em preliminar, demonstrar a relevância econômica, política, social ou jurídica das questões discutidas, que ultrapassemos os interesses subjetivos da causa.

Imbuídos da mesma intenção – racionalizar a atuação dos Tribunais Superiores –, os arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, introduzidos pelas Leis 11.418, de 19/12/2006, e 11.672 de 08/05/2008, respectivamente, trazem a sistemática de julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial.

Nas hipóteses de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça julgam ou um mais recursos representativos da controvérsia, e, enquanto isso, os demais feitos análogos ficam sobrestados. Assim, ao final do julgamento, os Tribunais de origem admitem ou não os recursos extraordinários e especiais interpostos, conforme a convergência ou divergência entre o conteúdo do acórdão e o decidido pelos Tribunais Superiores, permitindo-se a uniformização na aplicação de determinado entendimento.

A mesma Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004, também trouxe a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar Súmulas Vinculantes, o que foi regulamentado pela Lei 11.417, de 19/11/2006.

Sobre esse tema, Gilmar Ferreira Mendes<sup>2</sup> e Paulo Gustavo Gonet Branco lecionam:

O efeito vinculante das decisões de Tribunais Superiores sobre os atos de instâncias inferiores não configura novidade. Nelson de Sousa Sampaio apresenta-nos uma boa resenha da tendência para o precedente judicial vinculante. Segundo o autor, no desempenho de sua missão, o Judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença clássica até atos propriamente legislativos. Assim é que, quanto à crescente extensão de seus efeitos, os atos dos juízes se escalonariam em sentença clássica, precedentes, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos.

É de Kelsen o esclarecimento de que a função criadora do direito dos tribunais, existente em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de

2 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.038-1.040.



precedente. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa.

[...]

Vê-se, pois, que a súmula do Supremo Tribunal Federal, que deita raízes entre nós nos assentos da Casa de Suplicação, nasce com caráter oficial, dotada de perfil indiretamente obrigatório. E, por conta dos recursos, constituiu instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal Federal, que somente deverá afastar-se da orientação nela preconizada de forma expressa e fundamentada.

Essas diretrizes aplicam-se também à súmula vinculante consagrada na Emenda n. 45/2004. É evidente, porém, que a súmula vinculante, como o próprio nome indica, terá o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante simples interposição de recurso, mas por meio e apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A)

Nesse passo, a súmula vinculante é um interessante instrumento a favor da celeridade processual, vez que aquele que se sentir prejudicado pela não aplicação do enunciado vinculante, ou pela sua aplicação inadequada, no lugar de ingressar com uma demanda fada a um longo trâmite processual, pode ajuizar diretamente reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

Por último, uma inovação processual não tão recente, mas não menos importante, foi criação dos Juizados Especiais pelas Leis 9.099/1995 e 10.259/2001, que agregaram ao ordenamento jurídico brasileiro trâmite mais célere em determinadas demandas (definidas pelo valor da causa ou pela matéria).

A partir desses poucos exemplos citados, percebe-se a importância de o Poder Legislativo estar afinado aos anseios sociais, elaborando leis que aperfeiçoem a sistemática processual e, via de consequência, contribuam para a prestação jurisdicional de modo mais célere.

## 2 APARELHAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

Naturalmente, de pouco utilidade seria um ordenamento jurídico capaz de propiciar julgamento célere das demandas se o Poder Judiciário não dispusesse de meios a prestar concretamente a tutela jurisdicional.

É cediço que o número de magistrados por habitantes no Brasil está muito aquém do ideal. Países como Espanha, França, Portugal e Itália possuem entre 10 e 17 magistrados para cada cem mil habitantes. No caso da Justiça Federal em nosso país, há menos de um magistrado para cada cem mil habitantes, como apontou o Relatório Justiça em Números de 2012, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. Confira-se<sup>3</sup>:

Sobre a força de trabalho, o ano de 2011 terminou com 1.737 magistrados, 26,3 mil servidores (efetivos, requisitados e comissionados sem vínculo), além de 10 mil terceirizados e estagiários. Aproximadamente 71% dos servidores atuam na área judiciária, sendo que essa representatividade apresentou volatilidade ao longo dos dois últimos anos, com crescimento em oito pontos percentuais entre 2009 e 2010 e redução em quatro pontos percentuais em 2011. *Em média, a Justiça Federal conta com menos de um magistrado por cem mil habitantes, cujo valor do indicador é de 0,9. Apenas duas regiões contam com mais de um magistrado por cem mil habitantes, são elas: 4.<sup>a</sup> Região (1,4) e 2.<sup>a</sup> Região (1,2). Em relação ao número de servidores por cem mil habitantes, destaca-se a o TRF da 2.<sup>a</sup> Região, com índice de 34,7, enquanto a média é de 19 (grifo nosso).*

Assim, é notório que a qualidade da prestação jurisdicional é indissociável do aumento do número de magistrados e servidores. Nesse contexto, até mesmo a polêmica criação dos novos Tribunais Regionais Federais colaboraria, sem dúvida, à celeridade do trâmite processual.

Enquanto o Brasil não atinge um número adequado de magistrados, é de se destacar outra iniciativa que no âmbito do Poder Judiciário têm colaborado sobremaneira à celeridade: os processos eletrônicos.

A Lei 11.419, de 19/12/2006, dispôs sobre a informatização do processo judicial e, a partir de então, sistemas informatizados de peticionamento começaram a ser implantados, não de maneira uniforme em todo o território nacional, mas por Tribunal, como por exemplo, o *Sistema E-Proc* do Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região, o *Projudi* do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e o *e-Pet* do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>3</sup> Relatório Justiça em Números 2012, do Conselho Nacional de Justiça.

Apesar de ainda existirem vozes clamando pela insegurança dos dados armazenados exclusivamente por meio digital, é inegável a praticidade trazida pelo peticionamento e visualização eletrônica dos processos.

Um exemplo dessa celeridade foi veiculada no periódico Folha de São Paulo, em 17/05/2012, em que se noticiou o ajuizamento de uma ação civil pública pelo *Projudi* na Comarca de Umuarama/PR em 02/05/2012 e a prolação de sentença em 10/05/2012, ou seja, em apenas 08 dias. Como destacou-se na notícia, só a citação do Estado do Paraná, se o processo fosse físico, demoraria 5 meses, ante a necessidade de expedição de precatório.

Outra maneira de racionalizar a atuação do Poder Judiciário é evitar que as demandas cheguem a ser ajuizadas, solucionando-se os conflitos de interesse extrajudicialmente. É o que ocorre com o incentivo à conciliação, mediação e arbitragem, além da chamada extrajudicialização, a exemplo da nova dinâmica do divórcio, trazida pela Lei 11.441/2007.

### **3 PROGRAMA DE REDUÇÃO DE LITÍGIOS E DE APERFEIÇOAMENTO DA DEFESA JUDICIAL DA UNIÃO**

A República Democrática brasileira tal qual hoje formatada faz com que o Estado assuma uma série de responsabilidades perante a sociedade, o que acarreta, inexoravelmente, o ajuizamento de diversas demandas em face da Administração Pública, seja na seara federal, estadual ou municipal.

Dessa forma, a Administração Pública é um dos maiores litigantes perante o Poder Judiciário, ocupando, geralmente, o polo passivo das demandas.

Tradicionalmente, o réu possui, no processo brasileiro, posição privilegiada, na medida em que pode se valer de uma série de artifícios para eternizar a demanda e, conseqüentemente, eximir-se ao máximo em concretizar a condenação que lhe foi imposta.

Não raro, a própria Administração Pública utilizava-se desses artifícios, prolongando de forma quase interminável as ações contra si movidas, até mesmo com o abuso, principalmente, do direito de recorrer.

Todavia, tal prática tem sido cada vez mais posta de lado e um exemplo disto é o *Programa de Redução de Litígios e de Aperfeiçoamento da Defesa Judicial da União*, oriundo do *II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo*, firmado entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

No referido Pacto estabeleceu-se o objetivo de buscar o aprimoramento da prestação jurisdicional, com especial atenção ao

*princípio constitucional da razoável duração do processo*, assumindo-se o compromisso de “incrementar medidas tendentes a assegurar maior efetividade ao reconhecimento dos direitos, em especial a concessão e revisão de benefícios previdenciários e assistenciais”; além de “fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização;” e “ampliar a edição de súmulas administrativas e a constituição de Câmaras de Conciliação”.

Nesse contexto foi exarado o *Despacho Conjunto n.º 01/2012/DCM-DSP/PGU/AGU*, no âmbito do Departamento de Assuntos do Pessoal Civil e Militar e Departamento de Serviço Público, ambos da Procuradoria-Geral da União, instituindo o *Programa de Redução de Litígios e de Aperfeiçoamento da Defesa Judicial da União* que, em apertada síntese, visou à elaboração de pareceres referenciais após a identificação, principalmente, de hipóteses de ausência de *pressupostos de admissibilidade recursal* que caracterizariam óbices intransponíveis ao seguimento dos recursos da União destinados ao Superior Tribunal de Justiça.

Como resultado, destaca-se a elaboração de 15 (quinze) pareceres referenciais e a edição da Portaria AGU 260, de 22/06/2012, fruto dos pareceres referenciais 1 a 7. Além disso, a edição da Instrução Normativa AGU n.º 02, de 3 de dezembro de 2012 (fruto do Parecer Referencial n.º 09/2012/DBS/DCM/PGU/AGU); da Instrução Normativa AGU n.º 03, de 3 de dezembro de 2012 (fruto do Parecer Referencial n.º 14/2012/MMC/DCM/PGU/AGU); da Súmula AGU n.º 66<sup>4</sup>, de 03 de dezembro de 2012 (fruto do Parecer Referencial n.º 12/2012/PCA/DCM/PGU/AGU); e da Súmula AGU n.º 70<sup>5</sup>, de 14 de junho de 2012 (fruto do Parecer Referencial n.º 13/2012/FCSV/DCM/PGU/AGU).

Com fundamento nos *pareceres referenciais* os Advogados da União podem deixar de recorrer de decisões cujo recurso esbarcaria impreterivelmente nos seguintes óbices processuais (há pareceres referenciais a respeito de direito material, mas aqui serão destacados somente os de cariz processual):

---

4 “O cálculo dos honorários de sucumbência deve levar em consideração o valor total da condenação, conforme fixado no título executado, sem exclusão dos valores pagos na via administrativa”.

5 Os embargos do devedor constituem-se em verdadeira ação de conhecimento, autônomos à ação de execução, motivo pelo qual é cabível a fixação de honorários advocatícios nas duas ações, desde que a soma das condenações não ultrapasse o limite máximo de 20% estabelecido pelo art. 20, § 3º, do CPC.

- a) Parecer Referencial nº 01/2012/DBS/DCM-DSP/PGU/AGU: matéria não prequestionada, nos termos das Súmulas 2826 ou 3567 do STF ou da Súmula 2118 do STJ.
- b) Parecer Referencial nº 02/2012/LHPN/DCM-DSP/PGU/AGU: deficiência na fundamentação do recurso, nos termos da Súmula 2849 do STF.
- c) Parecer Referencial nº 03/2012/EMLP/DCM-DSP/PGU/AGU: pretensão de simples reexame de prova, nos termos da Súmula 710 do STJ.
- d) Parecer Referencial nº 04/2012/DBS/DCM-DSP/PGU/AGU: falta de ataque específico dos fundamentos da decisão agravada, nos termos da Súmula 18211 do STJ.
- e) Parecer Referencial nº 05/2012/LHPN/DCM-DSP/PGU/AGU: mais de um fundamento suficiente na decisão recorrida e o recurso não abranger todos eles, nos termos da Súmula 28312 do STF.
- f) Parecer Referencial nº 06/2012/CTV/DCM-DSP/PGU/AGU: o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a União não tiver interposto recurso extraordinário, nos termos da Súmula 12613 do STJ.

- 
- 6 É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.
  - 7 O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.
  - 8 Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "a quo".
  - 9 É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.
  - 10 A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.
  - 11 É inviável o agravo do Art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.
  - 12 É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.
  - 13 É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

- g) Parecer Referencial nº 07/2012/AAF/DCM-DSP/PGU/AGU: acórdão em recurso representativo de controvérsia sobre a matéria, transitado em julgado, proferido pelo STJ.

Além da possibilidade de não interpor recursos, o Programa de Redução de Litígios culminou na elaboração da Portaria AGU nº 260, de 22 de junho de 2012, que autoriza a desistência de recursos já interpostos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses que especifica. Confira-se:

PORTARIA Nº 260, DE 22 DE JUNHO DE 2012

Dispõe sobre autorização para desistência de recursos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe confere o art. 4º, incisos I, VI e XVIII, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, tendo em vista o disposto no art. 4º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e

Considerando os termos do Acordo de Cooperação Técnica nº 052/2009/CNJ, celebrado entre a Advocacia-Geral da União (AGU) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ);

Considerando que o desnecessário prolongamento de determinados processos, especialmente aqueles cuja controvérsia jurídica já estiver pacificada no Superior Tribunal de Justiça (STJ), acarreta prejuízos para a União, suas autarquias e fundações públicas e para o Poder Judiciário, resolve: Art. 1º Esta Portaria dispõe sobre autorização para desistência de recursos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Art. 2º Os Advogados da União em exercício na Procuradoria-Geral da União (PGU) e os Procuradores Federais em exercício no Departamento de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal (PGF) ficam autorizados a desistir dos recursos interpostos nos processos que tramitam no STJ, nas seguintes hipóteses:

*I - existência de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da matéria;*

*II - matéria não prequestionada, nos termos das Súmulas 282 ou 356 do STF ou da Súmula 211 do STJ;*

*III - deficiência na fundamentação do recurso, nos termos da Súmula 284 do STF;*

*IV - pretensão de simples reexame de prova, nos termos da Súmula 7 do STJ;  
V - falta de ataque específico dos fundamentos da decisão agravada, nos termos da Súmula 182 do STJ;*

*VI - mais de um fundamento suficiente na decisão recorrida e o recurso não abranger todos eles, nos termos da Súmula 283 do STF;*

*VII - o acórdão recorrido se assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e não tiver sido interposto recurso extraordinário, nos termos da Súmula 126 do STJ;*

*VIII - acórdão em recurso representativo de controvérsia sobre a matéria, transitado em julgado, proferido pelo STJ, nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, contrário à tese da União, suas autarquias e fundações públicas, excluídos os casos em que houver probabilidade de reversão pelo STF;*

*IX - existência de parecer aprovado nos termos dos arts. 40 ou 41 da Lei Complementar n° 73, de 1993;*

*X - acórdão transitado em julgado proferido em sede de ação direta de inconstitucionalidade, de ação declaratória de constitucionalidade ou de arguição de descumprimento de preceito fundamental contrário à tese da União, suas autarquias e fundações públicas; ou*

*XI - acórdão transitado em julgado em sede de recurso extraordinário processado na forma do artigo 543-B do Código de Processo Civil contrário à tese da União, suas autarquias e fundações públicas.*

Art. 3º A desistência objeto do art. 2º somente pode ser efetivada se observados os parâmetros estabelecidos em orientações aprovadas pela Procuradora-Geral da União e pelo Procurador-Geral Federal, referentes a cada uma das hipóteses previstas no referido dispositivo.

Art. 4º Os Advogados da União e os Procuradores Federais devem justificar a desistência de recurso prevista neste instrumento normativo à sua chefia imediata, e após a aprovação desta

chefia, devem registrá-la no Sistema Integrado de Controle das Ações da União (SICAU), com a indicação desta Portaria. Art. 5º A PGU e a PGF encaminharão, trimestralmente, ao Gabinete do Advogado-Geral da União, relatório estatístico contendo o resultado do trabalho no período.

Art. 6º O disposto no art. 2º desta Portaria não se aplica:

I - às ações consideradas relevantes, nos termos da Portaria AGU nº 87, de 17 de fevereiro de 2003; e

II - aos processos em que tiver havido interposição simultânea de recurso cuja competência para julgamento seja do STF, excluída a hipótese de que trata o inciso XI do artigo 2º.

Art. 7º Esta Portaria entra em vigor na data da sua publicação (grifo nosso).

Vê-se que além dos óbices processuais e da súmula vinculante, pode-se desistir do recurso interposto no caso de haver recurso especial e recurso extraordinário julgados por amostragem, nos termos dos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil.

A possibilidade de não interpor recurso ou desistir do recurso interposto nos casos de “recursos repetitivos” transitados em julgado é extremamente interessante.

Isso porque o julgamento dos recursos repetitivos não possui efeito vinculante – à semelhança das ações de declaração de inconstitucionalidade e congêneres –, aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. Em outras palavras, é plenamente possível, em tese, o ajuizamento de ações e interposição recursos com o intuito de obter resultado diferente do que foi decidido no julgamento por amostragem. Aliás, conforme o projeto do novo Código de Processo Civil, esse julgamento terá efeito vinculante.

A eficácia desses julgamentos repetitivos é controvertida e vem sido alcunhada de “força persuasiva qualificada”, na medida em que apesar de não possuir o dito efeito vinculante, é uma decisão que pela sua própria sistemática – julgamento colegiado, possibilidade de manifestação de *amicus curiae* e etc. – carrega maior força como precedente a ser seguido.

A utilização crescente dos precedentes judiciais e a importância conferida à jurisprudência tem aproximado o Direito brasileiro da *common law*, num processo de *commonlawlização* do direito nacional.



Sobre esse tema, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editou o Parecer PGFN/CRJ/n.º 492/2010, em que há orientação aos Procuradores da Fazenda Nacional para a não apresentação de contestação e recursos quando houver julgamento repetitivo em desfavor da Fazenda Nacional, em respeito a “força persuasiva” dos precedentes judiciais firmados com a sistemática do julgamento por amostragem.

A mesma orientação existe no âmbito da Advocacia-Geral da União, seja através do *Parecer Referencial nº 07/2012/AAF/DCM-DSP/PGU/AGU* ou por meio do inciso VIII e XI do art. 2º da Portaria AGU 260/2012.

Isto demonstra o amadurecimento da Advocacia Pública, vez que, como dito alhures, poder-se-ia continuar a recorrer em tais casos, mas opta-se por prestigiar os precedentes firmados, voltando esforços para outras questões relevantes e deixando de sobrecarregar o Poder Judiciário com uma série de recursos cujo resultado seria a aplicação do precedente. Naturalmente, não sobrecarregando o Poder Judiciário com essas demandas, em uma visão macro, a prestação da tutela jurisdicional como um todo é beneficiada.

Muitos são os resultados objetivos do Programa de Redução de Litígios, após 13 (treze) meses de instituição, conforme relatório elaborado pelo Dr. Niomar de Souza Nogueira, Advogado da União Diretor do Departamento de Assuntos do Pessoal Civil e Militar da Procuradoria-Geral da União (processo administrativo 00405.002568/2012-54). Dentre eles destaca-se que, antes da instituição do programa, 84% (oitenta e quatro por cento) dos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça nos recursos interpostos pela União eram desfavoráveis e, passados 13 (treze) meses, esse percentual foi reduzido para 71% (setenta e um por cento). Além disso, antes da instituição do programa, 96% (noventa e seis por cento) dos agravos regimentais interpostos pela União eram improvidos, o que foi reduzido para 79% (setenta e nove por cento).

Todavia, muito mais do que simplesmente reduzir o número de decisões desfavoráveis à União, o Programa de Redução de Litígios colabora para o melhor funcionamento do próprio Superior Tribunal de Justiça, na medida em que, como resultado do Programa (desistência de recursos interpostos e não interposição de recursos), *a União deixou de apresentar 6.970 (seis mil, novecentos e setenta) recursos ao Tribunal da Cidadania.*

Além da economia de esforços da Advocacia-Geral da União (na medida em que deixando de recorrer de questões fadadas ao insucesso, pode-se direcionar os esforços para questões mais relevantes), da economia de tempo dispendido pelos Ministros e servidores do Superior Tribunal de Justiça, o Programa também acarretou evidente economia financeira. Explica-se:

De acordo com a Coordenadoria de Auditoria da Secretaria de Controle Interno do Superior Tribunal de Justiça, cada processo tramita, em média, 147 (cento e quarenta e sete) dias naquele tribunal, a um custo médio de R\$ 762,72 (setenta e seis reais e setenta e dois centavos). Assim, considerando que as desistências e abstenções de recursos provocaram a extinção de 6.685 (*seis mil, seiscentos e oitenta e cinco*) processos no período de julho de 2012 a julho de 2013 e que, em regra, a extinção ocorreu no início da tramitação dos processos no Superior Tribunal de Justiça, pode-se afirmar que a execução do programa provocou, somente neste Tribunal – sem considerar o curso do processo para a própria Advocacia-Geral da União –, uma economia de cerca de R\$ 5.098.783,20 (*cinco milhões, noventa e oito mil, setecentos e oitenta reais e vinte centavos*).

Assim, a atuação racional da Advocacia-Geral da União contribui, em última análise, para o melhor aproveitamento dos recursos do Poder Judiciário, acarretando avanço na prestação da tutela jurisdicional a toda a população brasileira.

#### 4 CONCLUSÃO

Longe ainda de ser um modelo de prestação jurisdicional e acesso à Justiça, o Estado brasileiro tem, de forma crescente, se empenhado na tarefa de solucionar os conflitos de interesses de sua população com a eficiência que a jurisdição deve ter (celeridade aliada à qualidade de conteúdo). E este empenho, como visto, somente pode vir a produzir plenos resultados a partir do esforço conjunto de todo os Poderes.

#### REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Parecer PGFN/CRJ/nº 492/2010.

Produto e Resultados do Programa de Redução de Litígios e Aperfeiçoamento da Defesa Judicial da União (Processo Administrativo nº 00405.002568/2012-54).

Relatório Justiça em Números de 2012, do Conselho Nacional de Justiça.

---

## UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS UNIDADES DE DIFÍCIL PROVIMENTO NO ÂMBITO DA ADVOCACIA DA UNIÃO E O IMPACTO CAUSADO NOS CONCURSOS DE REMOÇÃO

---

*A CRITICAL ANALYSIS OF THE UNIDADES DE DIFÍCIL PROVIMENTO  
WITHIN THE ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO AND ITS IMPACTS ON  
THE CONCURSOS DE REMOÇÃO*

*Henrique Moreira Gazire  
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A evolução histórica das unidades de difícil provimento no âmbito da Advocacia da União; 2 Argumentos contrários; 3 Argumentos favoráveis às unidades de difícil provimento e à prioridade absoluta no concurso de remoção; 4 Sindicabilidade do mérito administrativo; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Trata-se de uma análise crítica sobre as Unidades de Dificil Provimento (UDP's) no âmbito da carreira de Advogado da União, apontando argumentos favoráveis bem como opiniões contrárias ao instituto. Ainda, este trabalho pretende abordar a evolução histórica das UDP's, assim como as decisões judiciais existentes sobre esse tema polêmico e atual, que motiva acaloradas discussões entre integrantes da carreira e possui bastante relevância, principalmente no tocante aos concursos de remoção e ao benefício atribuído pelo artigo 2º da Portaria AGU 1.292, de 11 de setembro de 2009. Será também questionada a possibilidade de judicialização da questão, tendo em vista a sindicabilidade do mérito administrativo e a discricionariedade do ato da Administração.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia-Geral da União. Unidades de Dificil Provimento. Concurso de Remoção. Prioridade absoluta. Argumentos. Jurisprudência.

**ABSTRACT:** It is a critical analysis on Unidades de Dificil Provimento (UDP's) within the career of Advogado da União, pointing out the case as well as opinions contrary to the institute. Still, this work intends to address the historical evolution of the UDP's, as well as current existing judicial decisions on this controversial topic, which motivates heated discussion among members of the career and has enough relevance, especially as regards the Concurso de Remoção's benefit assigned by article 2 of Portaria AGU 1.292, de 11 de setembro de 2009. Will be also questioned the possibility of judicial control of the matter, with a view to "sindicabilidade do mérito administrativo" and the discretionary of the act from the public administration.

**KEYWORDS:** Advocacia-Geral da União. Unidades de Dificil Provimento. Removal Contest. Absolute Priority. Arguments. Jurisprudence.

## INTRODUÇÃO

A regulamentação das Unidades de Difícil Provimento (UDP's) é um tema polêmico e em constante discussão no âmbito da carreira da Advocacia da União. Há insatisfação e questionamentos de diversos membros, pois se julgam prejudicados pela sistemática atual, principalmente no que tange ao benefício atribuído para a participação no concurso de remoção.

Não é objetivo do presente artigo apresentar conclusões definitivas ou esgotar o tema, mas tão-somente iluminar o debate e atualizá-lo. Com esses subsídios será possível entender melhor a discussão e planejar o futuro da instituição.

### 1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS UNIDADES DE DIFÍCIL PROVIMENTO NO ÂMBITO DA ADVOCACIA DA UNIÃO

As Unidades de Difícil Provimento, no que diz respeito à carreira de Advogado da União, foram pela primeira vez mencionadas no artigo 17, da Portaria nº 459, de 31 de maio de 2005, que dispôs sobre os critérios disciplinadores do concurso de remoção, a pedido, dos membros da carreira de Advogado da União. Era a seguinte a redação do dispositivo mencionado:

Art. 17. Ao servidor que permanecer por pelo menos 2 (dois) anos em unidade de lotação considerada de difícil provimento por ato do Advogado-Geral da União, poderá ser concedida remoção, a pedido, no interesse da Administração (art. 36, § único, II, da Lei nº 8.112, de 1990), independente de concurso de remoção.

Com o intuito de regulamentar o disposto na norma, foi publicada a Portaria Nº 1.118, de 2 de dezembro de 2005. De acordo com essa portaria, as UDP's foram criadas com o objetivo de estimular a lotação e a permanência de Advogados da União em unidades que apresentavam histórico de carência, mesmo após a realização de concurso de remoção ou de concurso público para preenchimento de cargos vagos da carreira. O seu artigo 2º previa que:

Art. 2º Ao Advogado da União que estiver lotado ou for removido para qualquer das unidades de lotação da Advocacia-Geral da União definidas como de difícil provimento, e ali permanecer em efetivo exercício pelo prazo mínimo de dois anos, ininterruptos, a

contar da publicação desta Portaria, poderá ser concedida remoção, a pedido, para a localidade de sua preferência, independente de concurso de remoção, a critério da Administração (art. 36, parágrafo único, II, da Lei nº 8.112, de 1990), condicionada à existência de vaga na localidade pretendida e ao interesse do serviço.

Destaca-se que o prazo mínimo de exercício em Unidade de Dificil Provimento para que o membro fizesse jus ao benefício era de apenas 2 (dois) anos. Ainda, a remoção independia da realização do concurso de remoção, mas ocorreria a critério da administração, com base no artigo 36, parágrafo único, II, da Lei 8.112, de 1990, que assim dispõe:

Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:

II - a pedido, a critério da Administração;

Ou seja, a portaria em questão atribuía ao Advogado da União ocupante de UDP um direito que já lhe era garantido pela lei que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União.

As unidades consideradas de difícil provimento, conforme o anexo da portaria, eram as seguintes:

UF	Município	Unidade de lotação
AC	Rio Branco	Procuradoria da União no Estado do Acre/ Núcleo de Assessoramento Jurídico em Rio Branco
AM	Manaus	Procuradoria da União no Estado do Amazonas/ Núcleo de Assessoramento Jurídico em Manaus
AP	Macapá	Procuradoria da União no Estado do Amapá
PA	Belém	Procuradoria da União no Estado do Pará
PA	Santarém	Procuradoria-Seccional da União em Santarém
RO	Porto Velho	Procuradoria da União no Estado de Rondônia
RR	Boa Vista	Procuradoria da União no Estado de Roraima

Esse diploma normativo foi revogado pela Portaria nº 1.292, de 11 de setembro de 2009, retificada pela Portaria nº 1.384, de 24 de setembro de 2009.

De forma a incentivar a lotação dessas unidades, o artigo 2º da referida portaria garantiu aos membros que lá permanecessem em exercício pelo prazo mínimo de três anos ininterruptos a preferência no concurso de remoção, independentemente da antiguidade na carreira. *In verbis*:

Art. 2º Ao Advogado da União que requerer lotação ou remoção para qualquer das unidades da AGU definidas como de difícil provimento e ali permanecer em efetivo exercício pelo prazo mínimo de três anos ininterruptos, a contar da publicação desta Portaria, será concedida preferência no concurso de remoção, independentemente de antiguidade na carreira.

Parágrafo único. O prazo previsto no caput tem início:

I - a partir do primeiro dia de efetivo exercício em unidade de difícil provimento:

a) quando a lotação decorrer de remoção; ou

b) quando houver opção do Advogado da União na primeira lotação após a posse;

II - da data em que o Advogado da União teve a oportunidade de se remover para outra unidade da AGU que não seja de difícil provimento e não o fez.

Percebe-se que no atual regramento é atribuída preferência absoluta no concurso de remoção ao Advogado da União que requerer lotação ou remoção para Unidades de Difícil Provimento e lá permanecer em efetivo exercício por 3 (três) anos.

Ou seja, o membro que cumprir os requisitos terá preferência para remoção para a localidade desejada, ainda que concorra com advogados mais antigos na carreira.

Todavia, o início da contagem do prazo não mais se inicia com a mera lotação nessas unidades. É imprescindível que o membro tenha feito a opção de lá ser lotado, quando poderia escolher outra localidade com sucesso, seja através do concurso de ingresso ou do próprio concurso de remoção.

Atualmente, as seguintes unidades são consideradas de difícil provimento:

UF	Município	Unidade de lotação
AC	Rio Branco	Procuradoria da União no Estado do Acre/ Consultoria Jurídica da União em Rio Branco
AM	Manaus	Procuradoria da União no Estado do Amazonas/ Consultoria Jurídica da União em Manaus
AP	Macapá	Procuradoria da União no Estado do Amapá/ Consultoria Jurídica da União em Macapá
MT	Cuiabá	Procuradoria da União no Estado do Mato Grosso/ Consultoria Jurídica da União em Cuiabá
PA	Belém	Procuradoria da União no Estado do Pará/ Consultoria Jurídica da União em Belém
PA	Santarém	Procuradoria-Seccional da União em Santarém
RO	Porto Velho	Procuradoria da União no Estado de Rondônia/ Consultoria Jurídica da União em Porto Velho
RR	Boa Vista	Procuradoria da União no Estado de Roraima/ Consultoria Jurídica da União em Boa Vista
TO	Palmas	Procuradoria da União no Estado do Tocantins/ Consultoria Jurídica da União em Palmas

É esse o breve resumo histórico das Unidades de Difícil Provimento. Nota-se que houve uma ampliação do benefício conferido, ao mesmo tempo em que se estendeu o período necessário para fazer jus a ele, tendo em vista o interesse da AGU em estimular a permanência desses advogados em tais unidades.

Outrossim, tornou-se mais rígida a aferição do início da contagem do prazo e aumentou a quantidade de unidades de lotação consideradas como de difícil provimento.

## **2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À PRIORIDADE ABSOLUTA NO CONCURSO DE REMOÇÃO**

O benefício instituído pelo artigo 2º da Portaria 1.292/2009 tem sido contestado judicialmente por membros da Advocacia-Geral da União, que consideram injusta a preterição em concurso de remoção, em que foram promovidos candidatos provenientes de Unidades de Difícil Provimento em detrimento de Advogados da União mais antigos na carreira.



O principal fundamento dos opositores das UDP's é de que a regra prevista no referido artigo fere os princípios da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade, ao estabelecer um privilégio em prol de alguns poucos Advogados da União, em detrimento de outros membros da carreira, inclusive mais antigos.

Quanto à ilegalidade, argumenta-se que o concurso de remoção da carreira de Advogado da União é regido pela Portaria Interministerial nº 517, de 22 de novembro de 2011, que em seu artigo 8º estabelece que a classificação da lista de precedência deverá obedecer à ordem decrescente de tempo de efetivo exercício em dias, até a data de publicação do edital de abertura, tendo como marco inicial a data de ingresso na carreira.<sup>1</sup>

Dessa forma, vez que a portaria que disciplina as remoções não faz menção ao benefício decorrente das Unidades de Dificil Provimento, não poderia haver a preterição dos membros mais antigos com base nesse critério.

Haveria também violação ao princípio da isonomia, pois se estaria instituindo um privilégio em prol de poucos Advogados da União e prejudicando todos os demais, inclusive aqueles com mais antiguidade na carreira.

Ademais, todos os integrantes da Advocacia-Geral da União que prestaram o concurso de ingresso tinham pleno conhecimento de que se tratava de uma carreira de âmbito nacional e que, portanto, poderiam ser lotados em qualquer unidade da AGU do território brasileiro.

Diante disso, não seria isonômico que, pelo simples fato de terem sua lotação em uma determinada região do país, recebam um benefício que prejudica todos os demais membros da carreira e impede que aqueles que estão há muito mais tempo na carreira obtenham a remoção para as unidades desejadas.

Por fim, as UDP's estariam violando também os postulados da razoabilidade e proporcionalidade. Ao instituir a prioridade absoluta no concurso de remoção, a Portaria nº 1.292 desconsidera o tempo de exercício dos demais membros envolvidos no certame.

E, quando comparada com o regramento da matéria nos demais órgãos integrantes da Advocacia-Geral da União, percebe-se que é desproporcional o benefício auferido aos integrantes da carreira de Advogado da União.

No âmbito da Procuradoria-Geral Federal (PGF), o benefício previsto para os ocupantes de Unidades de Dificil Provimento na

<sup>1</sup> Art. 8º A lista de precedência de que trata o art. 3º, inciso III, primeira parte, conterà relação dos candidatos que tiverem pedido de inscrição acolhido, observado o disposto no § 3º do art. 6º, cuja classificação deverá obedecer à ordem decrescente de tempo de efetivo exercício em dias, até a data de publicação do edital de abertura a que se refere o art. 3º, inciso I, tendo como marco inicial a data de ingresso na respectiva Carreira.

§ 1º Em caso de empate, considerar-se-á de maior precedência o mais bem classificado no concurso de ingresso ou, em caso de concursos diferentes, o do concurso mais antigo.

§ 2º Não sendo possível o desempate pela regra do § 1º, considerar-se-á de maior precedência o candidato mais idoso.

Portaria PGF nº 69, de 18 de janeiro de 2008 foi revogado pela Portaria PGF nº 1.269, de 2009. Atualmente, apenas aqueles que já estavam em efetivo exercício em UDP's à época da nova portaria é que possuem a prioridade no concurso de remoção.

Aliás, o Edital nº 2, PGF, de 22 de janeiro de 2010, que regeu o último concurso da carreira, previu que:

22.2.1 Os candidatos habilitados no certame, quando nomeados, serão lotados e terão exercício, por período de até 3 (três) anos, exclusivamente em localidades de difícil provimento, conforme definido pela Procuradoria-Geral Federal, observadas as demais disposições previstas na Instrução Normativa/AGU nº 1, de 30 de setembro de 2009.

Dessarte, os membros que ingressaram na PGF através do certame de 2010 seriam lotados em UDP's e lá deveriam ficar por um período de 3 (três) anos, sem que lhes fosse conferido qualquer benefício. A razão de ser dessa regra é o âmbito nacional da atuação da carreira, que impõe como indispensável a lotação de seus membros nos mais diversos locais, de acordo com a necessidade da instituição.

Por sua vez, na carreira de Procurador da Fazenda Nacional o privilégio continua em vigor, mas, de acordo com a Portaria MF nº 331, de 20 de maio de 2010, é restrito na concorrência com os demais membros que contêm o mesmo tempo de exercício na carreira. Dessa forma, na sistemática da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional não é possível que um membro novel tenha prioridade sobre outro mais antigo na carreira.

Essa disparidade de tratamento dentro de uma mesma instituição violaria os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois estabelece uma diferenciação que não tem razão de ser, prejudicando os membros mais antigos da carreira de Advogado da União.

Ainda que se entenda como essencial a existência das Unidades de Dificil Provimento no âmbito da carreira de Advogado da União, há que se rever o regramento atual, extremamente cruel para com os membros mais antigos, que são privados de retornar a seus lares em razão desse privilégio conferido a membros mais modernos.

Há recentes decisões jurisprudenciais que corroboram o pensamento exposto. Eis abaixo um exemplo, da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento da Apelação em Reexame Necessário nº 16.621, julgado em 12 de abril de 2012<sup>2</sup>:

2 APELREEX 16621/AL. Relator: Desembargador Federal Frederico Dantas (Convocado). Julgamento em: 12/04/2012, publicado no DJ de 25/04/2012. Acessado em 28-08-2013. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. REMOÇÃO A PEDIDO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO. PORTARIA MF N° 239/2006. PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO. LOTAÇÃO EM UNIDADE DE DIFÍCIL PROVIMENTO - UDP.

1. Sentença que determinou que a União se abstinhasse de processar a lista de precedência referente ao concurso de remoção, a que alude o Edital PGFN n° 08/2010, em feito a que não fosse a Autora prejudicada em favor dos Procuradores da Fazenda Nacional lotados há mais de 2 (dois) anos em Unidades de Difícil Provimento - UDP's.
2. Autora/Apelada que é Procuradora da Fazenda Nacional há mais de 7 (sete) anos, sendo a 1ª colocada na lista geral de precedência entre os interessados em vaga na PFN/CE.
3. A Portaria n° 08/2010, ao prever a precedência de remoção aos Procuradores da Fazenda Nacional lotados em Unidade de Difícil Provimento (UPD), finda por estabelecer limitação desarrazoada e inconstitucional, desprestigiando a regra básica de precedência dos concursados mais antigos e/ou melhor classificados, o que fere o princípio da isonomia.
4. Hipótese em que a remoção não trouxe prejuízo para particulares, nem para a Administração, sendo certo que houve alterações nas regras instituídas pelo órgão.
5. Preliminares rejeitadas, por unanimidade. Mérito. Apelação e Remessa Necessária, improvidas.

### **3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS ÀS UNIDADES DE DIFÍCIL PROVIMENTO E À PRIORIDADE ABSOLUTA NO CONCURSO DE REMOÇÃO**

Da mesma forma que há quem critique fervorosamente a sistemática das Unidades de Difícil Provimento na Advocacia da União, elas também possuem seus defensores. Para estes, os opositoristas optam por ignorar o motivo que levou à criação dessas unidades, bem como a realidade das suas lotações.

A atribuição constitucional da AGU impõe que ela atue, com o mesmo afinco, em todas as vinte e sete unidades da Federação e inadmita,

em qualquer hipótese, a sua interrupção, desqualificação ou mesmo mediocrização dos serviços prestados.

Isso decorre do princípio da continuidade do serviço público, cuja definição nos é ensinada pelo louvado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho<sup>3</sup>:

Os serviços públicos buscam atender aos reclamos dos indivíduos em determinados setores sociais. Tais reclamos constituem muitas vezes necessidades prementes e inadiáveis da sociedade. A consequência lógica desse fato é a de que não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo, ao contrário, ter normal continuidade. Ainda que fundamentalmente ligado aos serviços públicos, o princípio alcança toda e qualquer atividade administrativa, já que o interesse público não guarda adequação com descontinuidades e paralisações na Administração.

Há unidades de lotação que, em virtude de sua localização, condições sociais, econômicas e estruturais, não atraem o interesse dos membros da carreira da AGU. E grande parte dos que vão para tais locais aproveitam a primeira oportunidade ofertada de remoção para transferirem-se para outras partes do Brasil.

Diante dessa realidade, imperioso que a Advocacia-Geral da União adotasse medidas para estimular a lotação das localidades com carência de membros e nas quais a rotatividade ocorresse em número acima do recomendável.

Mesmo com os benefícios ofertados pela Portaria AGU nº 1.292, o problema persiste. As unidades consideradas como de difícil provimento estão com lotação inferior à ideal e nem mesmo com o ingresso de 100 (cem) novos Advogados da União foi possível preencher as vagas ofertadas nas Procuradorias da União de Rondônia e do Acre. Isso porque essas unidades continuam sendo preteridas na lista de preferência dos membros da carreira, mesmo com a alegada desproporcionalidade do benefício.

A respeito, cumpre ressaltar que as vagas em UDP's são oferecidas a todos os membros da carreira, através do concurso de remoção. Desse modo, caso alguém considere interessante o benefício atribuído, pode se candidatar. Isso demonstra que não há desrespeito à isonomia, pois todos têm a oportunidade de ser lotados nessas unidades e fazer jus à preferência atribuída.

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 36.

Inclusive, na hipótese de oferta de vaga em Unidade de Dificil Provimento para remoção, a preferência é do membro com mais tempo de efetivo exercício na carreira. Logo, se ele opta por não utilizar dessa prerrogativa, não seria justo que invocasse o argumento da isonomia, vez que o direito foi oportunizado a todos.

Os concursos de remoção, na carreira da Advocacia-Geral da União, são disciplinados pela Portaria Interministerial 517, de 22 de novembro de 2011, alterada pela Portaria 214, de 22 de maio de 2012.

Analisando o histórico das últimas duas remoções, percebe-se que o impacto do benefício previsto no artigo 2º da Portaria AGU nº 1.292 não é relevante. Na remoção regida pelo Edital nº 37, de 27 de outubro de 2010, 83 (oitenta e três) Advogados da União conseguiram alterar sua lotação. Desses, apenas 3 (três), ou 3,6%, possuíam a preferência advinda do exercício em UDP's.

Já na ampla remoção ocorrida em 2013, regulada pelo Edital nº 1, de 25 de março de 2013, 150 (cento e cinquenta) Advogados da União foram removidos, sendo que apenas 7 (sete), ou seja, 4,6%, estavam em UDP's.

Diante desses dados, conclui-se que o instituto das Unidades de Dificil Provimento tem pouca influência nas remoções ocorridas no âmbito da AGU. O verdadeiro empecilho para que os membros possam ser removidos para as unidades desejadas é o ínfimo número de vagas que surgem nas lotações mais cobiçadas.

No tocante ao aspecto da legalidade das regras contidas na Portaria nº 1.292, também não haveria qualquer irregularidade. A lei 8.112, em seu artigo 36, dispõe que:

Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:

I - de ofício, no interesse da Administração;

II - a pedido, a critério da Administração;

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.

Em momento algum a lei que regula o regime jurídico dos servidores públicos da União impõe que o critério da antiguidade na carreira deve ter prevalência no processo seletivo da remoção. De forma bem clara, fica a critério do órgão ou entidade estabelecer os critérios a serem utilizados.

E essa definição por parte da Administração é um ato *interna corporis*, ato discricionário, com base na conveniência e oportunidade, que foi tomado com o objetivo de atender da melhor forma possível o interesse público, fim último da atuação do Poder Público, ainda que não agradasse a todos os membros da carreira de Advogado da União.

Igualmente, não há qualquer regramento legal que institua a remoção para a localidade de seu como um direito do Advogado da União. Pelo contrário. Como bem afirmam os que pregam o fim do privilégio das UDP's no concurso de remoção, a carreira da AGU é de atuação nacional, de forma que devem exercer seu ofício não no local que lhe mais agrade, mas naquele em que é mais necessário.

Por fim, há ainda o questionamento da violação ao princípio da boa-fé por parte dos membros que ingressaram em juízo com o intuito de suspender o benefício previsto no art. 2º da Portaria 1.292/2009.

Ao optar por ser lotado em uma UDP e lá permanecer em efetivo exercício pelo período mínimo de 3 (três) anos, o membro da AGU tinha a legítima expectativa de que fosse respeitada a norma positivada e lhe fosse concedida a prioridade à remoção. Seria injusto frustrar esse compromisso pactuado por aquele que se sacrificou para o bem da instituição.

Segundo o entendimento dessa corrente de pensamento favorável às Unidades de Difícil Provimento, os critérios impostos pela AGU são, incontestavelmente, proporcionais e razoáveis. Era imprescindível

incentivar a lotação das unidades que historicamente apresentavam carência de Advogados da União. A criação das UDP's melhorou bastante o cenário dessas localidades, apesar de ainda haver melhorias a serem realizadas.

Também há inúmeros precedentes favoráveis às UDP's. A guisa de ilustração, segue abaixo a ementa do julgado da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no Agravo de Instrumento AG103346/AL, publicado em 5 de outubro de 2010<sup>4</sup>:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. TUTELA ANTECIPATÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL. UNIDADES DE DIFÍCIL PROVIMENTO (UDP's). EDITAL DE REMOÇÃO PGFN 09/2009. PORTARIA MF Nº 239/2006 QUE ASSEGURA A PRECEDENCIA SOBRE OS DEMAIS PROCURADORES PARA FINS DE REMOÇÃO. OBSERVÂNCIA.

- Agravo de instrumento contra decisão que concedeu tutela antecipatória determinando que a União Federal “se abstenha de processar a lista de precedência referente ao concurso de remoção estabelecido no Edital PGFN 09/2009 de modo a prejudicar a autora em favor de PFN's lotados há mais de 02 (dois) anos em Unidades de Dificil Provimento, sob pena de incidência de multa-diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

- O estímulo promovido pela Administração com o objetivo de preencher as vagas em localidades de difícil lotação, engendrado pela Portaria MF nº 239/2006, demais de não violar o princípio da proporcionalidade, não é algo novo à agravada, porque idêntica disposição já havia sido prevista no art. 15 da Portaria Interministerial AGU/MF nº 37/2005, qual também fez ver decisão anterior que indeferiu pedido antecipatório na ação ordinária anteriormente ajuizada pela então autora agravada; além disso, a finalidade colimada pela portaria confere concretude aos postulados da eficiência e continuidade do serviço público.

- Agravo de instrumento provido. Embargos de declaração prejudicados.

---

<sup>4</sup> AG 103346/AL. Relator: Desembargador Federal Edilson Nobre. Julgamento em: 27/07/2010, publicado no DJ de 05/08/2010. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 28 ago. 2013.





Nesse mesmo sentido é a jurisprudência recente da 6ª Turma do Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 876.514/MS<sup>6</sup>, que reproduzo na oportunidade:

RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. EXAME DE LEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL, NA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO ATO DEMISSÓRIO. APLICAÇÃO PELA CORTE DE ORIGEM DA PENA DE SUSPENSÃO. JULGAMENTO ULTRA PETITA. OCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DE LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF.

2. Não há confundir a análise do mérito administrativo, que é de exclusividade da Administração por exigir juízo de valor acerca da conveniência e oportunidade do ato, com o exame de eventual ofensa ao princípio da proporcionalidade, que acarreta na ilegalidade e nulidade do ato e, portanto, é passível de ser examinada pelo Poder Judiciário.

Portanto, nos deparamos com outro dilema. Ao regulamentar as Unidades de Difícil Provimento e os benefícios atribuídos aos seus ocupantes, a Advocacia-Geral da União atuou com base na conveniência e oportunidade próprias do poder discricionário. Esses elementos estão inseridos no mérito administrativo, que não pode usualmente ser alvo da sindicância do Poder Judiciário. Não obstante, seria possível alegar que a regra instituída não é razoável ou proporcional.

Sob esse prisma, discute-se que, ao estabelecer prioridade absoluta para os Advogados da União lotados em Unidades de Difícil Provimento que concorram no concurso de remoção, a Administração atuou de maneira desproporcional, pois permite que um membro novel, com apenas 3 (três) anos de antiguidade na carreira, obtenha a remoção para uma determinada localidade, em detrimento de outro membro mais antigo.

---

6 REsp 876514 / MS. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento em: 19/10/2010, publicado no DJ de 08/11/2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=876514&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=876514&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 28 ago.2013.

Por outro lado, pode-se argumentar que, mesmo concedendo esse “privilégio”, a Advocacia-Geral da União ainda não obteve sucesso na ocupação total dessas localidades. O histórico das remoções e dos concursos de ingresso indica que não é comum o deslocamento voluntário para as Unidades de Difícil Provimento, principalmente aquelas situadas nas regiões de fronteiras do país.

## 5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, forçoso concluir que ambos os lados possuem bons argumentos, que devem ser levados em consideração. Não por outro motivo podemos encontrar jurisprudência nos dois sentidos.

É sadio para o futuro da instituição que as querelas entre seus membros que se encontram em diferentes situações seja resolvida o quanto antes. Para tanto, aconselhável que o tema seja estudado, para que possa se chegar a uma posição definitiva, seja pela extinção do instituto das UDP's, seja pela sua manutenção ou mesmo alteração.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Princípios de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

---

## A APLICAÇÃO (REGRADA) DA PENALIDADE DE DEMISSÃO NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

*THE (RULED) PENALTY OF DISMISSAL UNDER THE  
ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCEDURE*

---

*Igor Itapary Pinheiro*

*Advogado da União*

*Especialista em Direito Tributário e Finanças*

*Públicas pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP*

*Especialista em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do*

*Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT*

**SUMÁRIO:** 1 A função do Procedimento Administrativo Disciplinar no Estado Democrático de Direito: Noções introdutórias; 2 A aplicação (regrada) da penalidade de demissão; 3 Um enfoque sob o prisma do Princípio da Proporcionalidade; 4 A busca pelo “Ato Proporcional”; Referências.

**RESUMO:** No Estado Democrático de Direito, não apenas o cidadão, mas, sobretudo o Poder Público, está submetido aos ditames legais. Assim, a penalidade de demissão não pode ser aplicada aos agentes públicos sem antes se proceder ao prévio, porém necessário juízo de ponderação. A rigor, o princípio da proporcionalidade, no bojo do procedimento administrativo disciplinar, legitima a decisão da Autoridade e viabiliza o controle judicial de tais atos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Democrático de Direito. Penalidade de Demissão. Princípio da Proporcionalidade. Observância. Necessidade.

**ABSTRACT:** In a Democratic State governed by the Rule of Law, not only the citizens, but above all the Public Administration is subject to legal dictates. Therefore, the penalty of dismissal shall not be applied to public officials without prior and necessary forethought. Strictly speaking, the principle of proportionality, within a disciplinary administrative proceeding, vindicates the decision of the Public Administration and enables the judicial review of such decision.

**KEYWORDS:** Democratic State Governed by the Rule of Law. Penalty of Dismissal. Principle of Proportionality. Compliance. Necessity.

## 1 A FUNÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Constituição Federal, já em seu artigo 1º, estabelece que a República Federativa do Brasil se constitui em “Estado Democrático de Direito”, expressão que encontra identificação com a figura do “Estado Constitucional”, porquanto é a observância à Constituição – e não ao Direito – que justifica a limitação do atuar do Estado e de seus governantes<sup>1</sup>.

Realmente, a referida nomenclatura, para além de reunir os princípios do “Estado Democrático” e do “Estado de Direito”, tem a virtude de se constituir em elemento de modificação da conformação da relação estabelecida entre o Estado, a sociedade e seus governantes.

De efeito, a gênese do Estado de Direito está jungida à oposição firmada pela burguesia ao absolutismo vigente até meados do século XIII, a qual tinha como estandarte a necessidade de se submeter todos, inclusive os próprios governantes, ao rigor da lei<sup>2</sup>.

Aliás, outra não é a posição de Luis Roberto Barroso:

A idéia de Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria<sup>3</sup>.

Destarte, antes da afirmação do Estado de Direito, a atividade administrativa era, de certo modo, alheia ao exame jurisdicional, porquanto os atos dos governantes eram impassíveis de controle, eis que vigiam as máximas de que o rei não podia errar ou, ainda, de que o conteúdo do Direito espelhava a vontade do príncipe<sup>4</sup>.

Ao que se vê, portanto, do mesmo modo que a coletividade deve se pautar por preceitos legais, ao Estado não é dada a possibilidade de agir livremente, à margem das mesmas leis, as quais presumidamente são elaboradas ao sopro do profilático processo legislativo e, por isso mesmo,

1 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivum, 2012. p. 285.

2 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivum, 2009. p. 510.

3 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 110-111.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 72.

refletem o próprio anseio social considerado o disposto no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal<sup>5</sup>.

Nesse sentido, o procedimento administrativo se constitui em importante fator de limitação do agir estatal, porquanto, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello, o contraponto do contínuo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do “*modus procedendi*” da Administração<sup>6</sup>. De fato:

É no ‘modus procedendi’, é, em suma, na escrupulosa adstrição ao ‘due process of law’, que residem as garantias dos indivíduos e grupos sociais. Não fora assim, ficariam todos e cada um inermes perante o agigantamento dos poderes de que o Estado se viu investido como consecutório inevitável das necessidades próprias da sociedade hodierna. Em face do Estado contemporâneo – que ampliou seus objetivos e munuiu-se de poderes colossais –, a garantia dos cidadãos não reside sobretudo na prévia delimitação das finalidades por ele perseguíveis, mas descansa especialmente na prefixação dos meios, condições e formas a que se tem de cingir para alcançá-los<sup>7</sup>.

Efetivamente, o procedimento administrativo se perfaz como hígido instrumento de resguardo dos direitos dos indivíduos em face da Administração<sup>8</sup>. E não é diferente em relação ao procedimento administrativo disciplinar, espécie do gênero procedimento administrativo.

## 2 A APLICAÇÃO (REGRADA) DA PENALIDADE DE DEMISSÃO: UM ENFOQUE SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em verdade, e retomando a premissa já lançada de que o Estado está também submetido ao domínio da lei, o direito disciplinar administrativo prevê um plexo de deveres a serem observados por seus agentes, os quais, para o hígido desempenho de suas funções, devem observar rígido regime disciplinar, assim compreendido como “[...] *o laço moral que liga entre si os diversos graus de uma hierarquia* [...]”<sup>9</sup>.

5 Artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 495.

7 *Ibidem*, p. 494.

8 FERRAZ, Sérgio et al. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 85.

9 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008. p. 457.

É, pois, por meio do sistema hierárquico, que se estabelece a disciplina que naturalmente deve nortear a conduta funcional dos agentes públicos.

Desse modo, se, por um lado, os agentes que ocupam posições de superioridade vertical em relação aos demais devem fiscalizar as atividades desempenhadas por aqueles que lhes são subordinados, por outro, devem, de igual maneira, exigir-lhes a adoção de determinados comportamentos, os quais, se não observados, ensejam a aplicação de sanções<sup>10</sup>.

A propósito, calha observar que o legislador, atento à necessidade de reger a atuação de seus servidores previu situações que, se verificadas no mundo fático, podem levar à penalização do servidor público, não sem antes se instaurar o devido processo legal, mercê da garantia contida no artigo 5º, LV, da Constituição Federal<sup>11</sup> e replicada no artigo 143 da Lei n. 8.112/90<sup>12</sup>.

Bem pontuada a questão, sobreleva anotar, no que interessa à presente análise, que a penalidade de demissão há de ser aplicada, segundo dispõe o referido diploma legal, quando se está diante das seguintes hipóteses:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Pois bem. De acordo com literalidade da lei, praticada alguma das condutas previstas nos incisos do artigo 132 do referido diploma legal, o servidor “será” apenado com a penalidade de demissão.

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 65-67.

11 Artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

12 Artigo 143 da Lei n. 8.112/90. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

Resta, no entanto, verificar se a penalidade de demissão é uma decorrência imediata da prática dos atos previstos no aludido artigo ou se, ao revés, há a possibilidade de se analisar, em particular, a gravidade de cada ato para se concluir pela aplicação ou não da pena de demissão.

A despeito de o artigo 132 da Lei 8.112/90 verberar que a “demissão será aplicada”, deve-se afastar qualquer leitura que conduza ao entendimento de que se está diante de um dever de apenar o servidor faltoso com a punição sub examine.

De efeito, na lição de Paulo Nader, não há na ordem jurídica ao menos uma lei sequer que seja autônoma, eis que o colorido das normas só se revela mediante a análise do ordenamento como um todo, dotando-se, nesta exegese, o sistema jurídico do essencial manto da unicidade<sup>13</sup>.

Tal a consideração, observa-se que o artigo 128, caput, da Lei 8.112/90 determina que a Administração, no exercício regular de seu poder disciplinar, deve considerar na aplicação das penalidades – dentre as quais se insere a demissão – a natureza e gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais do infrator.

O retrocitado dispositivo já deixa antever que, realmente, a Administração, no exercício regular de seu poder disciplinar, não pode se afastar de um juízo valorativo acerca da conduta praticada pelo servidor quando diante de um fato ensejador, em tese, da penalidade de demissão, atividade esta que se perfaz por meio do exame da adequação entre a pena aplicada e as especificidades de cada caso concreto.

Aliás, ainda que se desconsidere a redação do artigo 128, caput, da Lei n. 8.112/90, mantêm-se a compreensão de que a prática dos atos previstos nos artigo 132 da mesma lei não leva, invariavelmente, à aplicação da pena de demissão ao servidor público. Isso porque a Lei n. 9.784/99 – que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal – prevê, em seu artigo 2º, o seguinte:

*Administração Pública obedecerá, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

Conquanto não se esteja a analisar a eventual sinonímia - ou quiçá a possível distinção - entre o postulado da proporcionalidade e da

13 NADER, Paulo. *Introdução do Estudo do Direito*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 278.



razoabilidade, parte-se, no presente articulado, da premissa de que se tratam de ferramentas aptas ao exame valorativo das normas jurídicas<sup>14</sup>.

Fixada a sobredita compreensão, veja-se que o princípio da proporcionalidade não é explicitado em qualquer passagem da Constituição Federal de 1988. No entanto, nada impede, ao revés, tudo recomenda o seu reconhecimento dentro da ordem constitucional brasileira.

Em verdade, a Constituição Federal, quando do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, inovou ao estabelecer em seu artigo 5º, inciso LXXVIII<sup>15</sup> o direito fundamental à razoável duração do processo.

Ocorre que a proporcionalidade (ou a razoabilidade) é estrutura que antecede a tal comando normativo, de modo que a sua incorporação no mundo jurídico não estampa o marco a partir do qual se pode verificar a presença das referida cláusula no ordenamento. A rigor, a essência do princípio em questão já se extrai validamente da noção de Estado de Direito estampada no preâmbulo da Magna Carta<sup>16</sup>.

Está-se, pois, a defender que, mesmo que não fosse o disposto nos artigos 128, *caput*, da Lei n. 8.112/90, 2º da Lei n. 9.784/99 ou até mesmo o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, a necessidade de se utilizar a proporcionalidade como norte na aplicação da pena de demissão decorre da conformação do Estado de Direito e, ainda, da essência dos direitos fundamentais.

Bem de ver que a dificuldade de se precisar a *sede material e, portanto, a gênese normativa* do princípio da proporcionalidade é resultante justamente do fato de que, por tradição, tal postulada, no mais das vezes, esteve jungido à uma garantia meramente procedimental<sup>17</sup>.

Canotilho observa que para alguns a proibição de excesso - denominação atribuída pelo mestre lusitano para o princípio da proporcionalidade - é decorrência que emerge do Estado de Direito, já para outros está conexa à própria *ratio* dos direitos fundamentais<sup>18</sup>.

A propósito, lúcidas são as lições de Bonavides, para quem:

14 OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *O juízo de proporcionalidade na fase de instauração de procedimentos disciplinares*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24057/o-juizo-de-proporcionalidade-na-fase-de-instauracao-de-procedimentos-disciplinares>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

15 Artigo 5º LXXVIII, da Constituição Federal. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

16 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Sousa de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 109.

17 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 68.

18 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 266.

*A adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual com a aplicação deste princípio, saiu admiravelmente fortalecido. Converteu-se em princípio constitucional, por obra da doutrina e jurisprudência, sobretudo na Alemanha e na Suíça. Contribui notavelmente para conciliar o direito formal com o material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional<sup>19</sup>.*

Carlos Roberto Siqueira de Castro, ao seu turno, sustenta a fundamentação do princípio da proporcionalidade na cláusula do *substantive due process of law*, a qual deve ser preenchida pela atividade criativa e exegética do Poder Judiciário na salvaguarda da supremacia da Constituição. O autor argumenta, ainda, que o constituinte originário perdeu a oportunidade de sacramentar, de uma vez por todas, a matriz desse postulado de notável importância constitucional, mas ao mesmo tempo, tratou de estabelecer no rol dos direitos fundamentais a garantia do devido processo legal, da qual decorre não apenas a razoabilidade, mas também outras manifestações contra as investidas descabidas do Poder Público, tal como a necessidade de motivação dos atos em geral<sup>20</sup>.

Em verdade, sustentar que o princípio da proporcionalidade é inerente ao Estado de Direito é, por via oblíqua, repisar a percepção de que deriva dos direitos fundamentais, eis que, como pontua Oliveira, tal estado não existe onde esses direitos não sejam garantidos<sup>21</sup>.

Aliás, Suzana de Toledo Barros também se posiciona no sentido de que não há razão para se traçar duas orientações na busca da *sede material* do princípio da proporcionalidade, uma fundada no estabelecimento de Estado de Direito e outra na sistemática dos direitos fundamentais, visto que este modelo estatal é, por definição, assegurado de liberdades individuais<sup>22</sup>.

O que se pretende clarificar é que o postulado da proporcionalidade repousa suas raízes tanto da configuração do Estado de Direito como nas garantias às liberdades individuais. Ocorre que, dentre essas garantias, verifica-se uma identificação mais íntima do referido dogma –

19 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 399.

20 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 381.

21 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Sousa de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 111.

22 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 98-100.

proporcionalidade - com o direito fundamental ao devido processo legal, conclusão que encontra eco na doutrina de Mendes, para quem:

*O princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do 'due process of law'<sup>23</sup> (grifos do autor).*

### 3 A BUSCA PELO "ATO PROPORCIONAL"

Bem aquilatados os contornos da matriz do princípio da proporcionalidade no ordenamento constitucional brasileiro, cumpre-se analisar qual seja a sua função.

De partida, verifica-se que a proporcionalidade desfruta de um conteúdo aberto<sup>24</sup>, que se traduz em comando interpretativo, apto a verificar se os atos emanados do Poder Público foram editados com arrimo no valor superior da justiça<sup>25</sup>.

Na tentativa de conceituar o princípio da proporcionalidade, Bandeira de Mello sugere, que por seu intermédio, as competências administrativas não sejam exercidas para além do estritamente necessário ao alcance do interesse público que as justifica<sup>26</sup>.

O conceito trazido à baila ajuda, porém não fixa exatamente o conteúdo do princípio da proporcionalidade, tamanha a sua fluidez axiológica. Mas nem por isso se pretende dizer que o referido administrativista esteja equivocado.

Ao contrário, suas colocações, além de precisas, se coadunam com o que ora se defende. Explica-se.

O princípio da proporcionalidade exige um complemento e esse conteúdo, não se olvide, possui significativo grau de subjetivismo.

Contudo, se a busca pelo "ato proporcional" estiver pautada pela realização da dignidade da pessoa humana, da necessidade de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e pela unidade

23 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 64.

24 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 146.

25 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 224.

26 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99.

da constituição, acredita-se que parte deste subjetivismo ficará um tanto quanto arrostado.

Enão foi outro o entendimento adotado pelo Ilustre Desembargador Federal Manoel Erhardt, quando do julgamento da Apelação Cível 549.385/AL (0000172-67.2010.4.05.8001), ocasião na qual sua Excelência assim se manifestou:

por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, verificar se existe (ou não) causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar. O controle jurisdicional é amplo nesta seara, de modo a conferir garantia aos agentes públicos contra eventual arbítrio, não se limitando o controle jurisdicional, portanto, somente aos aspectos formais, como algumas correntes doutrinárias ainda defendem<sup>27</sup>.

Tais considerações são por demais importantes, notadamente porque o princípio da proporcionalidade é usualmente reconhecido no direito administrativo como instrumento servil ao controle de atos do Poder Executivo, inclusive aqueles relacionados às questões disciplinares de seus agentes. No escólio de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Jamais a sanção administrativa disciplinar poderá representar um ato de força ou de arbitrariedade contrário ao fundamento legal de sua própria validade, porquanto a mesma deverá guardar conformidade com a prova dos autos e ser proporcional à infração cometida pelo servidor público. [...]. Quanto se tratar de penalidade máxima (demissão), aumenta o rigorismo da verificação da correta proporcionalidade da decisão disciplinar [...].<sup>28</sup>

No particular, veja-se que o Superior Tribunal de Justiça, responsável máximo pela interpretação da lei federal no âmbito nacional, já se orienta no sentido de que o princípio da proporcionalidade deve, de fato, ser tomado em consideração no bojo do procedimento administrativo disciplinar tendente a apurar a prática de ato infracional por agente público, senão confirmam-se os seguintes precedentes:

27 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. PRIMEIRA TURMA. *Apelação Cível 549.385/AL (0000172-67.2010.4.05.8001)*, Rel. Desembargador Federal MANOEL ERHARDT, DJE - Data:26/03/2013.

28 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008. p. 122-128.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO COM FUNÇÃO DE GERÊNCIA DE EMPRESA PRIVADA. DEMISSÃO. ANULAÇÃO. REINTEGRAÇÃO. *PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE*. ABRANDAMENTO. POSSIBILIDADE.

1. Caso em que o agravante insurge-se contra decisão a quo que anulou o ato administrativo de demissão de servidor público.

2. Ao Poder Judiciário reserva-se apenas o exame da legalidade do ato administrativo, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo.

3. Conforme disposição expressa do art. 128 da Lei 8.112/90, *decorrente do princípio da proporcionalidade*, “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”, circunstância que autoriza a cominação excepcional de pena mais branda. Precedente: REsp 1.147.380/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4/2/2011.

4. No caso concreto, o ato administrativo foi anulado, porquanto o Tribunal a quo, soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos, *constatou a desproporcionalidade na pena de demissão aplicada*, pois, além da ausência de prejuízo ao INSS, não houve efetiva comprovação do desempenho de atos de gerência ou má-fé do autor, ora agravado.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1264526/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 28/10/2011 – grifos do autor).

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CABIMENTO. MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. OCORRÊNCIA. BIS IN IDEM NA TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. *Compete ao Poder Judiciário apreciar, além da regularidade do Processo Administrativo Disciplinar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a proporcionalidade e a razoabilidade da penalidade aplicada, a fim de garantir que a Administração exerça seu poder disciplinar dentro dos limites estabelecidos no art. 37 de CF.*

2. A motivação do ato administrativo consubstancia-se na exposição dos motivos; é a demonstração das razões que levaram à prática do ato, presentes, na espécie.

3. Não há que se falar em 'bis in idem' na tipificação da conduta praticada pelo Impetrante, pois em que pese a Comissão Processante tenha concluído pela prática das proibições contidas nos incisos IX e XII do artigo 117 da Lei n. 8.112/90, o Parecer Jurídico acolhido pela Autoridade Coatora propôs que fosse aplicada a penalidade ao investigado correspondente apenas ao inciso IX do artigo 117 da referida legislação.

4. A sanção de demissão aplicada ao Impetrante mostra-se *proporcional* às faltas a ele atribuídas, pois ficou claro que, em conluio com terceiro, fraudou benefícios previdenciários, seja modificando as informações constantes da carteira de trabalho dos segurados, seja facilitando o trâmite para a concessão das aposentadorias irregularmente. 5. Ordem denegada" (MS 13.828/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 22/03/2013 – grifos do autor).

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ADULTERAÇÃO DE DOCUMENTOS PARA OBTENÇÃO DE PROVEITO INDEVIDO. DEMISSÃO. ART. 128 DA LEI N.º 8.112/90. PRINCÍPIO. PROPORCIONALIDADE. RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - A orientação jurisprudencial desta c. Corte Superior consagrou-se no sentido de que, mesmo quando se tratar de imposição da penalidade de demissão a servidor público, *devem ser observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade pela Administração, nos termos em que dispõe o art. 128 da Lei n.º 8.112/90.*

II - Na espécie, o Parecer n.º 150/2009-CONJUR, colacionado aos autos por ocasião das informações prestadas pela autoridade impetrada e utilizado como razão de decidir na aplicação da

penalidade demissional, demonstra que foram observados os preceitos do art. 128 da Lei nº 8.112/90. Segurança denegada (MS 14.260/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 25/08/2009 – grifos do autor).

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO.

DESCONSTITUIÇÃO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXCESSO DE PRAZO. ANULAÇÃO. NÃO-CABIMENTO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. INOBSERVÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. “O e. Superior Tribunal de Justiça já tem entendimento pacificado segundo o qual o excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar não conduz à sua nulidade, desde que não tenha causado qualquer prejuízo ao servidor” (MS 12.369/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Terceira Seção, DJ de 10/9/07).
2. O mandado de segurança não constitui o meio processual adequado para provar um fato. Exige prova pré-constituída como condição essencial à verificação do direito líquido e certo, de modo que a dilação probatória mostra-se incompatível com a natureza dessa ação constitucional.
3. Se o servidor público acusado pretende desconstituir as provas de processo disciplinar, que se apresentam suficientes para a aplicação da sanção, deve se valer dos meios processuais adequados.
4. O princípio da proporcionalidade em sentido amplo alberga a “exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado” (Suzana de Toledo Barros).
5. “O princípio da razoabilidade é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de

valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou justiça” (Fábio Pallaretti Calcini).

6. *Determinar a aplicação da pena máxima de demissão a servidores públicos por terem submetido magistrado e outros servidores a constrangimentos por figurarem indevidamente na condição de representados, em processos instaurados no âmbito da Corregedoria-Geral de Justiça, não obstante a gravidade do ato, não se coaduna com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, impondo-se que a Administração aplique uma sanção disciplinar mais branda.*

7. Recurso ordinário parcialmente provido. Segurança parcialmente concedida (RMS 29.290/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 15/03/2010 – grifos do autor).

Não por outra razão foi que já se concluiu pela ilegalidade do entendimento contido nos Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, os quais orientam o Administrador no sentido de que, uma vez constatado que o servidor praticou alguma das condutas previstas no artigo 132 da Lei n. 8.112/90, a aplicação da pena de demissão é medida cogente. De efeito, o entendimento contido nas aludidas manifestações não subsistem, salvo melhor juízo, ao confronto com o teor do artigo 128 do mesmo ato normativo<sup>29</sup>.

Portanto, mais importante do que se estabelecer um conceito acerca da cláusula da proporcionalidade - principalmente diante da sua carga axiológica - é deixar caracterizada a sua função que consiste, em linhas gerais, em fazer frente ao abuso de poder, impondo-se, no que interessa ao presente articulado, peias que devem ficar bem vincadas quando da possível aplicação de pena de demissão ao servidor público.

Destarte:

*O juízo de conveniência e de oportunidade exercido pela Administração não se confunde com o exame de eventual ofensa ao princípio da proporcionalidade, o qual acarreta a ilegalidade e a nulidade do ato administrativo, esse sim passível de ser examinado pelo Poder Judiciário*<sup>30</sup>.

29 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Seção. MS 12.991/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 03/08/2009.

30 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. PRIMEIRA TURMA. AC 0032801-42.2007.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 p.652 de 26/03/2013.



É imprescindível, assim, ter em mira que a pena de demissão é a mais drástica das punições disciplinares previstas na lei de regência e que, à evidência, uma vez efetivada, induz a “[...] *extinção do provimento em cargo efetivo, com sua consequente vacância* [...]”<sup>31</sup>.

Não se está a sugerir a complacência com os indesejados comportamentos dos agentes públicos, todavia. Apenas se conclama o exegeta a exercer severa reflexão em relação ao conteúdo normativo do artigo 132 da Lei n. 8.112/90. E exatamente em razão dessa reflexão é que se defende a impossibilidade da aplicação estática e literal disposto no referido dispositivo legal.

A rigor, o passar dos tempos demonstrou que o princípio da legalidade não foi suficiente para combater os abusos estatais. Logo, ao lado da legalidade, a proporcionalidade atua de modo a evitar a prática de atos por demais excessivos.

Do contrário, considerado o artigo 132, VII, da Lei n. 8.112/90<sup>32</sup>, é possível, por hipótese, que determinado servidor público por absoluto descuido venha a esbarrar em seu colega de repartição causando-lhe leves escoriações (meros arranhões) se veja na contingência de ser apenado com a demissão. Evidente que não é com isso que se importa a norma!

Portanto, sem desconsiderar o relevo das argumentações em sentido contrário, o que se propõe é que artigo 132 do Estatuto dos Servidores Civis Federais seja interpretado e aplicado à luz do princípio da proporcionalidade.

Ocorre que estabelecer, com exatidão, se a aplicação da pena de demissão em determinados casos se compraz (ou não) com o princípio da proporcionalidade é tarefa de extrema complexidade, notadamente diante da possibilidade de o aplicador da norma se deparar com situações nebulosas, as quais não permitem *primo ictu oculi* a conclusão em um sentido ou em outro.

Em semelhante linha argumentativa Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari também não passam ao largo da dificuldade de se ponderar interesses quando se está diante dos chamados *hard cases*:

Os mais difíceis problemas de aplicação do princípio da proporcionalidade surgem quando estão em cotejo dois valores consagrados pela ordem jurídica, como é, por exemplo, o caso, muito frequente, do confronto entre o direito de manifestação e reunião e a manutenção da ordem pública. Sempre se deverá procurar conciliá-

31 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 980.

32 Artigo 132 da Lei n. 8.112/90. A demissão será aplicada nos seguintes casos: [...]; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem.

los, mantendo-se o equilíbrio [...]. Quando o legislador já fez uma opção, o problema é menor. Mas na vida cotidiana da Administração Pública são frequentes os conflitos, diante de situações concretas, entre liberdade e segurança, entre legalidade e eficácia etc. Em tais situações, para aferir a licitude da conduta do agente ou do particular, sempre se haverá de aplicar o princípio da proporcionalidade<sup>33</sup>

À guisa de exemplo, note-se que o artigo 132, V, da Lei n. 8.112/90 prevê a penalidade de demissão para o servidor público que incorrer em incontinência pública e conduta escandalosa na repartição. Sucede, todavia, que não há, em lei, a definição precisa dos comportamentos que se amoldam à hipótese. Cabe, assim, ao Administrador, com o prudente discernimento analisar se o ato imputado ao agente deve ou não ser enquadrado no modelo legal.

No ponto, veja-se que o Eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região já se manifestou no sentido de que, para efeito de apuração de “incontinência pública e conduta escandalosa”, é possível aplicar a pena de demissão ao Auditor da Receita Federal que, por correio eletrônico funcional, envia à estagiária mensagem com conotações libidinosas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR LEGALIDADE. USO INADEQUADO DE CORREIO ELETRÔNICO. CONTEÚDO IMPRÓPRIO. ADEQUAÇÃO DAS ANÇÃ. 1. O ato disciplinar é vinculado, deixando a lei pequenas margens de discricionariedade à Administração, que não pode demitir ou aplicar quaisquer penalidades contrárias à lei, ou em desconformidade com suas disposições. Precedentes do Eg. STJ. 2. É regular o processo administrativo disciplinar em que é franqueada ao indiciado assistência a todos os atos, bem assim, é intimado de todo o andamento do processo, podendo produzir provas, tirar cópias dos autos e constituir procurador (inclusive defesa técnica), se assim o desejar. 3. O julgamento acerca do conteúdo do e-mail enviado pelo AFTN através do correio eletrônico da SRF, estribou-se no padrão sócio-moral do homem médio, reputando, de modo plenamente plausível, ofensivas as manifestações ali contidas. 4. A vedação contida na Portaria SRF nº 1397/02, que restringe o uso do correio eletrônico (Lotus Notes) de que a Secretaria da Receita Federal dispõe, tem esteio nos princípios que regem a Administração, constituindo o mero envio de mensagem com tal propósito infração a dever funcional (art. 116, III, da Lei nº 8.112/90 c/c art. 6º, III

33 FERRAZ, Sérgio et al. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 85.

e V, da referida Portaria), em concurso com as infrações previstas nos incisos IX e XI, do art. 116, da referida Lei, o que justificou o agravamento da punição. 5. *O sancionamento foi, em verdade brando, não tendo havido enquadramento dos fatos no art. 132, V, que pune com demissão “incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição”, que poderia ser o caso, tendo sido levado em conta, bem assim, a boa ficha funcional do sindicado, o que levou a que a suspensão, que poderia chegar a 90 dias, fosse fixada em apenas 30 dias.* 6. Penalidade bem proporcionada, resultante de processo disciplinar escorreito (AG 200501010002829/RS, Rel. Desembargador Federal VALDEMAR CAPELETTI, DJ 25/05/2005, p. 750 – grifos do autor).

Ainda exemplificativamente, rememore-se que o artigo 132, V, da Lei n. 8.112/90 dispõe que a prática de incontinência pública e de condutas escandalosas no ambiente de trabalho está sujeita à pena de demissão. Ocorre que o artigo 116, IX admite, *ex vi* dos artigos 129, *in fine*, e 130, todos da Lei n. 8.112/90, a imposição de pena leve e média para o servidor que não mantiver conduta compatível com a moralidade administrativa.

Assim, a tipificação da conduta em uma ou em outra hipótese pode sacramentar o destino do servidor público, eis que, condenado à pena de demissão, rompido estará o seu vínculo com a Administração.

Trata-se, pois, de mais uma evidência a demonstrar que a autoridade – administrador ou julgador – não pode se afastar do necessário e criterioso juízo de ponderação, já que, nos dizeres de Gomes de Mattos:

[...] havendo a tipificação da conduta do servidor nos tipos de incontinência pública ou de conduta escandalosa na repartição, a Autoridade Julgadora não poderá deixar de observar se as mesmas são graves ou não, visto que sendo de menor potencial ofensivo será imposta penalidade mais branda, com fundamento no artigo 116, IX, da Lei n. 8.112/90, ao passo que se for de maior potencial ofensivo, estando configurado o dolo específico de desmoralizar o serviço público, terá o servidor imposta uma penalidade máxima como consequência lógica da gravidade dos seus atos. O que não se pode permitir é que haja generalização das condutas leves e médias, como se elas fossem graves e irreversíveis<sup>34</sup>.

34 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008. p.586.

Como visto esclarecer alguns conceitos a propósito de sopesar a gravidade do ato praticado pelo servidor não é tão simples como se pode imaginar à primeira vista.

Ousa-se, nesta medida, sugerir que em tais hipóteses seja feito o balizamento pelo histórico dos antecedentes funcionais do servidor, pela inexistência de obtenção de proveito próprio ou em nome de outrem e, ainda, pela ausência de lesão aos cofres públicos.

Os precitados critérios, embora não exaustivos, podem validamente auxiliar o Administrador e, também o próprio Poder Judiciário, na árdua atividade de subsumir a ato praticado pelo agente público em uma das hipóteses potencialmente capazes de justificar, no Estado Democrático de Direito, a penalidade de demissão.

Não se pretende, repita-se, propor que se tenha condescendência com o servidor faltoso. Sucede que o importante instituto da demissão não pode ser enfraquecido por um atuar inadvertido do Poder Público.

Em verdade, situações especialmente mais graves, nas quais o servidor público tenha um histórico funcional comprometedor ou mesmo quando se verificar a causação de danos ao Erário ou a obtenção ilícita de vantagens, mesmo que em benefício de terceiros, a aplicação da pena de demissão é medida que indubitavelmente se impõe, desde que precedida do devido processo legal e da respectiva fundamentação. Sobre a questão, assim já se decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. (ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. *PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE*. INOBSERVÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA).

1. Não havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, merecem ser rejeitados os embargos declaratórios interpostos que têm o propósito infringente.

2. Na hipótese dos autos, o acórdão embargado decidiu que, embora a autoridade coatora não esteja adstrita às conclusões tomadas pela comissão processante, a sua discordância deve ser devidamente fundamentada em provas convincentes que demonstrem, de modo cabal e indubitável, a prática da infração

pelo acusado capaz de ensejar a aplicação daquela penalidade máxima em reprimenda à sua conduta irregular. Todavia, na hipótese dos autos, a autoridade apontada como coatora não indicou qualquer outra evidência fática concreta que justifique a exacerbação da pena de suspensão anteriormente sugerida. Acrescentou-se, ainda, que, sob esse ângulo, diante da ausência no Processo Administrativo Disciplinar *de qualquer menção à prática de outras condutas irregulares que pudessem interferir na convicção de que se trata de servidor público possuidor de bons antecedentes, ou de que o impetrante tenha se valido das atribuições de seu cargo para lograr proveito próprio ou em favor de terceiros ou, ainda, que sua atuação tenha importado lesão aos cofres públicos, a aplicação da pena de demissão mostra-se desprovida de razoabilidade, além de ofender o princípio da proporcionalidade e o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90.*

3. Para delimitar a extensão da concessão da presente segurança, deve ser consignado que o impetrante formulou pedido para que ‘seja anulado o ato que demitiu o impetrante, de modo que ele retorne regularmente para suas funções na Polícia Rodoviária Federal’ (e-STJ fl. 37). E, nestes termos, a ordem foi concedida. Assim, apenas se afastou a possibilidade de aplicação da penalidade de demissão, devendo o processo administrativo disciplinar ter prosseguimento na esfera administrativa, cabendo à autoridade superior impor outras penalidades em razão das infrações disciplinares praticadas pelo impetrante.

4. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no MS 17.490/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/04/2012, DJe 18/04/2012 – grifos do autor).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO COM FUNÇÃO DE GERÊNCIA E/OU ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESA PRIVADA. PENA APLICÁVEL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ABRANDAMENTO. POSSIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 117, X, c/c o art. 132, XIII, da Lei 8.112/1990, a pena a ser imposta ao servidor que cumula as atribuições do cargo público com a atividade de gestão e/ou administração de empresa privada é a de demissão.

2. Para que a sanção seja imposta, no entanto, deve-se verificar: a natureza e a gravidade da infração cometida; os danos ao serviço público advindos da atuação ilegal; os antecedentes funcionais; e as circunstâncias agravantes e atenuantes aplicáveis ao caso concreto - inteligência do art. 128 da citada norma, mandamento legal decorrente do princípio da proporcionalidade. Nada impede, portanto, a cominação absolutamente excepcional de pena mais branda.

Precedentes do STJ.

3. Hipótese em que o Tribunal a quo chegou à conclusão de que, no caso dos autos, a servidora geriu agência de turismo após o óbito do filho; *não houve prejuízo ao Erário; e a atividade empresarial foi exercida por curto lapso temporal, razão por que a pena de demissão se mostra desproporcional.*

4. Recurso Especial não provido (REsp 1147380/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 04/02/2011 – grifos do autor).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO COM FUNÇÃO DE GERÊNCIA DE EMPRESA PRIVADA. DEMISSÃO. ANULAÇÃO. REINTEGRAÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ABRANDAMENTO. POSSIBILIDADE.

1. Caso em que o agravante insurge-se contra decisão a quo que anulou o ato administrativo de demissão de servidor público.

2. Ao Poder Judiciário reserva-se apenas o exame da legalidade do ato administrativo, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo.

3. Conforme disposição expressa do art. 128 da Lei 8.112/90, decorrente do princípio da proporcionalidade, “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”, circunstância que autoriza a cominação excepcional de pena mais branda. Precedente: REsp 1.147.380/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4/2/2011.

4. No caso concreto, o ato administrativo foi anulado, porquanto o Tribunal a quo, soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos, constatou a desproporcionalidade na pena de demissão aplicada, pois, *além da ausência de prejuízo ao INSS, não houve efetiva comprovação do desempenho de atos de gerência ou má-fé do autor, ora agravado.*
5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1264526/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 28/10/2011 – grifos do autor).

Destarte, por ocasião da imposição da reprimenda disciplinar, deve a autoridade por em linha de confronto a gravidade da falta, de um lado e, de outro, a extensão e a repercussão dano concretamente causado ao serviço público, tudo harmonia com o grau de responsabilidade do servidor e com os seus antecedentes funcionais<sup>35</sup>, sem o quê é inviável admitir-se a aplicação da pena de demissão.

E mais, é exatamente o juízo de ponderação, embalado pelo princípio da proporcionalidade, que confere ares de legitimidade, no Estado Democrático de Direito, à decisão final do procedimento administrativo disciplinar. Com efeito, quando se trata da imposição de sanções disciplinares, a técnica da ponderação democratiza não só a apuração, como o julgamento da conduta praticada<sup>36</sup>.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

35 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. TRIBUNAL PLENO. *Embargos Infringentes na Apelação Cível 426456/01 (20048100019061601)*, Rel. Desembargador Federal Manoel Erhardt, DJE – 02/09/2010, página 49.

36 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008. p.122.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivum, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivum, 2012.

FERRAZ, Sérgio et al. *Processo administrativo*. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Forum, 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NADER, Paulo. *Introdução do Estudo do Direito*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *O juízo de proporcionalidade na fase de instauração de procedimentos disciplinares*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24057/o-juizo-de-proporcionalidade-na-fase-de-instauracao-de-procedimentos-disciplinares>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Sousa de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.



---

## CRIAÇÃO E PRINCIPAIS LINHAS DE ATUAÇÃO DO GRUPO PERMANENTE DE ATUAÇÃO PRÓ- ATIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO DA UNIÃO E DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

---

*CREATION AND MAIN LINES OF ACTION FROM THE PERMANENT  
GROUP OF PRACTICE PRO-ACTIVE AT ATTORNEY GENERAL'S OFFICE  
IN DEFENSE OF PUBLIC EQUITY AND ADMINISTRATIVE JUSTICE*

*Ihuru Fonseca de Assunção.  
Advogado da União  
Graduado em Direito – UFPE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Criação do Grupo Pró-Ativo; 2 Formas de Atuação 2.1 Ajuizamento de Execuções de Acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU); 2.2 Ajuizamento de ações de improbidade em nome da União; 2.3 Ações de Ressarcimento referentes a eleições suplementares; 2.4 Ajuizamento de ações civis públicas em nome da União; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva analisar as atribuições do Grupo Permanente de Atuação Pró-ativa da Advocacia-Geral da União, criado pela Portaria PGU nº 15/2008. Para alcançar tal objetivo, faz-se uma breve análise dos principais dispositivos atinentes à atuação do grupo, bem como referência às linhas de atuação com maior destaque. Dentre os temas abordados, destacam-se o ajuizamento de ações de execução de acórdãos do TCU e de ações de improbidade em nome da União, a atividade de ressarcimento ao erário em virtude da realização de eleições complementares e o ajuizamento de ações civis públicas relativas ao patrimônio e meio ambiente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia-Geral da União. Fundamentos Constitucionais. Grupo Pró-ativo da AGU. Histórico. Criação. Atribuições. Principais Linhas de Atuação. Execução de Acórdãos do TCU. Combate à Improbidade Administrativa. Ressarcimento ao Erário Decorrentes da Realização de Eleições Suplementares. Ações Civis Públicas.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the tasks of the Permanent Group of Proactive Performance of the Attorney General's Office, PGU created by Ordinance No. 15/2008. To achieve this goal, it is a brief analysis of the main provisions relating to the performance of the group as well as a reference to the lines of action with greater emphasis. Among the topics addressed include the filing of enforcement actions and judgments of TCU actions of misconduct on behalf of the Union, the activity of reimbursement to the exchequer due to the elections and supplementary filing of civil lawsuits relating to shareholders and environment.

**KEYWORDS:** Attorney General's Office. Constitutional Foundations. Group of Proactive Performance. History. Creation. Assignments. Major Lines of Action. Execution of TCU Judgments. Combating Administrative Misconduct. Compensation Relating to Supplementary Elections. Brazilian Class Actions.

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República, ao reconhecer a Advocacia-Geral da União como instituição essencial à justiça dispõe, no seu art. 131:

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.

No bojo de tais atribuições constitucionalmente estabelecidas, vem ganhando cada vez mais destaque a representação da União corporificada na atuação pró-ativa, tanto pela expressividade de seus resultados como também pela relevância social e financeira do desempenho de suas funções.

### 1 CRIAÇÃO DO GRUPO PRÓ-ATIVO

Essa linha de atuação, que se desenvolveu na AGU a partir de 2009, e cada vez mais recebe o reconhecimento nacional (Prêmio *Innovare*) e internacional (relatórios da ONU e do DEA), tem como objetivo, nos termos da Portaria PGU nº 15/2008, Regulamentadora do Grupo Pró-ativo :

[...] defender Pró-ativamente o patrimônio da União e buscar a recuperação judicial de valores desviados dos cofres públicos federais, a partir de constatações realizadas pelos órgãos de controle da União, como a Controladoria-Geral da União, o Tribunal de Contas da União, a Secretaria de Patrimônio da União, o Departamento de Polícia Federal, dentre outros.

Destarte, a implantação do grupo permanente de atuação pró-ativa parte da superação da concepção clássica de acordo com a qual incumbia aos advogados públicos tão-somente uma atuação reativa, ou seja, limitada à defesa do ente público quando demandado, seja na via judicial, seja na via administrativa. Visa, também, atender ao princípio da eficiência insculpido no art. 37 da Carta da República, tendo em vista que, até a sua criação, o ajuizamento de ações e a assunção do polo ativo era tarefa que acaba sendo relegada ao segundo plano, em virtude da carga massiva de processos em que a União é demanda – compondo, portanto, o polo passivo do feito.

Ademais, a superação dessa tradição envolve também uma releitura da própria conduta do advogado público, que passa a ter, como ferramenta fundamental ao bom desempenho de suas funções, o manejo de um bom relacionamento com os outros órgãos públicos – notadamente aqueles responsáveis pela apuração inicial das irregularidades (no caso da União, temos a Controladoria-Geral da União, o Tribunal de Contas da União, a Polícia Federal, a Secretária do Patrimônio da União, dentre outros).

Consoante anotado no Manual de Procedimentos de Iniciativas Administrativas e Judiciais para Atuação Pró-ativa:

[...] a atuação pró-ativa vai exigir do advogado não somente uma ‘postura de gabinete’, na qual o advogado aguarda passivamente a provocação de sua atividade, mas uma atuação de diálogo permanente com os diferentes órgãos públicos, de modo a buscar elementos para a propositura de ações e resolução de conflitos.<sup>1</sup>

Nessa linha, é mister salientar a dualidade de atribuições dos membros integrantes do grupo permanente de atuação pró-ativa, que envolve tanto a atuação extrajudicial quanto a judicial. Quanto ao tema, faz-se referência, mais uma vez, ao Manual de Procedimentos:

A atuação pró-ativa pode ser diferenciada basicamente em duas vertentes: a extrajudicial (administrativa) e a judicial.

A atuação extrajudicial do advogado consiste numa série de providências de âmbito interno e externo à Procuradoria. Essas providências tem o objetivo de obter elementos para propositura da ação, ou até mesmo, para resolução de conflitos na própria esfera administrativa.<sup>2</sup>

Para clarificar a questão, é importante destacar exemplos práticos que demonstram a importância da atuação extrajudicial, de forma a atentar inclusive para o programa de redução de litigiosidade que deve direcionar a atuação dos integrantes da Procuradoria-Geral da União.

Assim, é sempre preferível – quando o devedor do ente público também se abre a tal possibilidade – a realização de acordo/transação, nos limites legalmente previstos, ao ajuizamento de uma demanda

1 MANUAIS DA AGU: *Procedimentos de iniciativas administrativas e judiciais para atuação pró-ativa*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, 2009. p. 12.

2 *Ibidem*, p. 14.

judicial, com todos os percalços inerentes à solução de conflitos pela via da jurisdição.

Não conseguida a conciliação, passa-se a atuação extrajudicial, com amparo em todo o microssistema normativo idealizado pela lei de ação civil pública (Lei nº 7.347/85).

Com essa mudança de paradigma, atribuições que envolvem o combate à corrupção, à improbidade administrativa e ao desvio de recursos públicos ganham um reforço considerável, tendo em vista que a Advocacia-Geral da União passa a atuar na linha de frente do combate a tais mazelas, deixando de lado a posição de mero espectador antes exercida por essa relevante instituição.

## **2 FORMAS DE ATUAÇÃO**

Nesse contexto, antes de tudo, deve-se ressaltar que, no âmbito da AGU, tais atividades são feitas num trabalho de cooperação realizado pelas Procuradorias Seccionais da União, Procuradorias da União nos Estados e as 5 Procuradorias Regionais da União, com a coordenação da Procuradoria-Geral da União, notadamente do Departamento de Patrimônio e Probidade, a quem incumbe, nos termos do Decreto nº 7.526/2011, “planejar, coordenar e supervisionar as atividades relativas à representação e à defesa judicial da União em matéria de patrimônio, meio ambiente, probidade e recuperação de ativos”.

Há que se fazer referência ainda à Portaria nº 012, de 15 de Dezembro de 2009, que aprova o propósito e os princípios do Grupo Permanente de Atuação Pró-Ativa.

De acordo com a norma, o propósito do Grupo Permanente consiste em combater toda forma de corrupção e defender o patrimônio público, de modo a fomentar a honestidade e a ética na sociedade.

A fim de atingir o propósito referido, o art. 3º da referida portaria elenca uma série de princípios, com suas respectivas descrições, a fim de pautar a atuação dos Advogados integrantes do Grupo Pró-Ativo, notadamente os da uniformidade, comprometimento, articulação intra e interinstitucional, transparência, eficiência e efetividade, interação com a sociedade, especialização e exclusividade, dentre outros.

Com efeito, a atuação pró-ativa da AGU se divide em várias vertentes, que serão analisadas de forma tópica, a fim de facilitar a sua compreensão.

## 2.1 O AJUIZAMENTO DE EXECUÇÕES DE ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

Tal atribuição encontra seu fundamento primeiro na Carta da República, que prescreve, no seu art. 71, §3º: § 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Em face de tal dispositivo constitucional, surgiram dúvidas a respeito de quem teria legitimidade para o aparelhamento de eventual ação de execução fundada em tais decisões – se incumbiria ao Ministério Público Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ou ainda a outro órgão.

Após a necessária maturação da interpretação do dispositivo, mostra-se hoje consolidado o entendimento segundo o qual incumbe às unidades da PGU espalhadas por todo o Brasil a tomada das medidas administrativas e judiciais cabíveis a fim de ver adimplidos os valores apurados pelo Tribunal de Contas da União, sempre que o valor da condenação deve ser recolhido aos cofres do Tesouro Nacional. Nessa seara, ganha destaque o ajuizamento de ações de execução fundadas nos acórdãos da Corte de Contas, que não raro recuperam valores significativos para os cofres públicos, que haviam sido objeto de desvio/má gestão/utilização indevida.

Em outra vertente, também é rotineiro o ajuizamento de ações referentes à multas aplicadas pela Corte de Contas – que seguem o mesmo rito da execução por título extrajudicial e se destacam por seu caráter ao mesmo tempo personalíssimo e pedagógico (são aplicadas com a finalidade de inibir futuros comportamentos semelhantes por parte do responsável pelos danos ao patrimônio público).

Há que se ressaltar, ainda, a adoção de medidas inovadoras no bojo de tais execuções, tendo em conta as próprias peculiaridades dos executados rotineiros nesse tipo de ação – exemplo disso é o pedido de bloqueio liminar de contas do executado, antes da entrega do mandado de citação, a fim de impedir que o devedor se aproveite de sua influência/capacidade de intimidação para evitar o ressarcimento ao erário.

Com efeito, os dados estatísticos indicam que um percentual considerável das ações executivas decorrentes de acórdãos do TCU indicam, no polo passivo da execução, ex-prefeitos de municípios brasileiros. Nos casos de municípios de pequenas proporções, onde a influência de tais indivíduos se perpetua mesmo após o fim do mandato, o pedido liminar de bloqueio de contas se mostra indispensável para resguardar o interesse maior da execução, que é a recuperação do ativo desviado em função da má-gestão/corrupção apurada pela Corte de Contas.

Quanto ao assunto, obrigatória a menção a recente precedente do Superior Tribunal de Justiça, que embora formulada em apreciação de

caso oriundo da Justiça Estadual, tem seu raciocínio plenamente aplicável às execuções de acórdãos do TCU, feitas as adaptações necessárias ao plano da Justiça Federal, no que envolve o Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União, *verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA PROPOR A EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PROVENIENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS.

PRECEDENTE DO STF. VEDAÇÃO AO MP DE EXERCER AS FUNÇÕES DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DE ENTIDADES PÚBLICAS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Inexiste dúvida acerca da eficácia de título executivo extrajudicial de que são dotadas as decisões do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa, nos termos do art. 71, § 3º. da Constituição Federal.

2. *Em que pese a anterior jurisprudência desta Corte em sentido contrário, deve prevalecer a tese diversa, pela qual entende-se não possuir o Ministério Público legitimidade para cobrar judicialmente dívidas consubstanciadas em título executivo de decisão do Tribunal de Contas. Precedente do STF.*

3. Destaca-se que, antes da Constituição de 1988, nada obstava que lei ordinária conferisse ao Ministério Público outras atribuições, ainda que incompatíveis com suas funções institucionais; contudo, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o exercício pelo Parquet de outras funções, incompatíveis com sua finalidade institucional, restou expressamente vedado (art. 129, inciso IX da CF), inclusive, a representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas.

4. Recurso Especial desprovido.

(REsp 1194670/MA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 02/08/2013)

Com efeito, a decisão da Corte Superior permite vislumbrar a impossibilidade de se confundir, na atual conjuntura do sistema jurídico brasileiro, a quem incumbe a legitimação ordinária para atuar na defesa do patrimônio público. É o raciocínio que se extrai, inclusive, da leitura de passagem do voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que deixou consignado, no item 8, em referência expressa à Advocacia-Geral da União, competir “à AGU e às Procuradorias dos Estados, dos Municípios e da Administração Indireta realizar as aludidas cobranças.”

No mesmo sentido da decisão do Superior Tribunal de Justiça, a Suprema Corte brasileira possui precedente reconhecendo, de forma expressa, a impossibilidade de se atribuir ao Ministério Público (inclusive o Ministério Público de Contas) a legitimidade para ajuizamento das ações de execução referidas, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE. COMPETÊNCIA PARA EXECUTAR SUAS PRÓPRIAS DECISÕES. IMPOSSIBILIDADE. NORMA PERMISSIVA CONTIDA NA CARTA ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE.

1.As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, artigo 71, § 3o.). *Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto.*

2.A ação de cobrança a somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente.

3.Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões (CE, artigo 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, por violação ao princípio da simetria (CF, artigo 75). Recurso extraordinário não conhecido (RE 223037, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 02.08.2002). (grifos nossos)



Alinhados tais precedentes, mostra-se clara a tendência da jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de reconhecer a legitimação ordinária do próprio ente para ajuizamento das ações de execução de acórdãos das Cortes de Contas – seja no plano federal (TCU), seja no plano estadual (Tribunais de Contas dos Estados) ou, excepcionalmente, nos municípios em que haja tais entidades (Tribunais de Contas dos Municípios). Nesse contexto, a possibilidade de atuação pró-ativa se estende inclusive aos órgãos de advocacia pública estaduais e municipais, a fim de defender o interesse patrimonial dos entes públicos prejudicados pelo desvio e a má gestão de verbas públicas.

Ainda quanto ao tema referente à execução de acórdãos do TCU, é imprescindível se fazer menção a um dos casos mais relevantes de atuação recente da Procuradoria-Geral da União.

Com efeito, foi amplamente noticiada pela mídia a celebração, em agosto de 2012, a celebração de acordo judicial entre a Advocacia-Geral da União e o Grupo OK, que teve como objetivo garantir a restituição aos cofres públicos de R\$ 468 milhões de reais – quantia decorrente do desvio de recursos outrora destinados à construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo).

Nesse diapasão, embora fuja aos limites do presente trabalho uma análise pormenorizada do presente caso, deve-se deixar consignado que tal acordo foi oriundo justamente da atuação pró-ativa da AGU na cobrança de valores reconhecidos como devidos por decisão do Tribunal de Contas da União.

Nessa esteira, a celebração do acordo deveu-se ao ajuizamento de duas ações de execução de decisões do Tribunal de Contas da União, referentes à cobrança de débito principal e multa apurados em desfavor do Grupo OK (empreiteira envolvida na construção da referida sede). Em paralelo, foram propostas ações civis públicas e de improbidade administrativa em face dos envolvidos no caso, a fim de apuração de responsabilidades nas searas respectivas.

Com a penhora de 1.255 imóveis e aluguéis geradores de receita para o Grupo para garantir a observância do acordo, o acordo foi homologado judicialmente e encontra-se em execução, sendo caso emblemático de recuperação de ativos.

Ainda na seara da atuação pró-ativa específica quanto à execução de títulos, há de se fazer breve referência às últimas vitórias judiciais da AGU no sentido de possibilitar uma maior efetividade da persecução da recuperação dos cofres públicos. Nessa seara, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, por exemplo, a possibilidade de penhora de valores recebidos a título de indenização referente à anistia política, que tem caráter indenizatório:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. ANISTIA POLÍTICA. REMUNERAÇÃO ECONÔMICA. CARÁTER INDENIZATÓRIO. PENHORA. POSSIBILIDADE.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, fica superada eventual ofensa ao art. 557 do Código de Processo Civil pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra decisão singular do Relator.

2. Discute-se nos autos a possibilidade de penhora da remuneração econômica recebida em decorrência da concessão de anistia política, na forma do art. 5º da Lei n. 10.559/2002 (prestação mensal, permanente e continuada).

3. A reparação econômica prevista na Lei 10.559/02 possui caráter indenizatório (art. 1º, inciso II). Logo, a sua natureza não salarial possibilita a penhora para garantia do crédito tributário, nos termos do art. 184 do CTN c/c art. 649 do CPC.

Recurso especial improvido.

(REsp 1362089/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013)

Assim, é possível que, em casos nos quais haja, ao mesmo tempo, o reconhecimento da qualidade de anistiado/anistiada, mediante Portaria do Ministro da Justiça, com o recebimento de indenização a ser paga pela União, por um lado, e, de outro, haja condenação pelo Tribunal de Contas da União em virtude de atividade que gerou danos ao erário, tal valor seja utilizado para resguardar a execução do acórdão do TCU, nos limites do débito/multa apurado.

## **2.2 AJUIZAMENTO DE AÇÕES DE IMPROBIDADE EM NOME DA UNIÃO**

Além do ajuizamento das ações de execução de acórdãos do TCU, a atuação pró-ativa da AGU engloba também outra frente de atuação de grande destaque, consistente no ajuizamento de ações de improbidade administrativa em face dos agentes públicos que não exercem as funções de modo adequado.

Nesse contexto, o combate à improbidade administrativa se revela uma das grandes preocupações atuais da AGU, em particular, e do sistema judiciário brasileiro como um todo, tendo inspirado inclusive a meta 18 do Conselho Nacional de Justiça.

Nessa linha, o combate à improbidade é pressuposto inafastável do Estado democrático de Direito e decorre diretamente do princípio da moralidade, insculpido no art. 37 da Constituição da República. Além desses pressupostos, a doutrina mais avançada vem destacando inclusive o fato de que o combate à improbidade decorre do Princípio Republicano, que está umbilicalmente ligado à responsabilidade na gestão do Patrimônio estatal, que é de todos (conceito de *res publica*), e a sua categoria de modalidade autônoma de responsabilidade.

A atuação da AGU no polo ativo de ações de improbidade é fruto da legitimação concorrente outorgada pelo art. 17 da Lei 8.429/92, que dispõe:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

Assim, uma vez convicto, com as provas que lhe são apresentadas pelos órgãos apuradores, que o agente público (e os outros sujeitos passivos em potencial abrangidos pela lei de improbidade) atuou de forma a violar princípios da administração pública, causar dano ou erário ou auferir enriquecimento ilícito em virtude de sua função, o membro da Advocacia-Geral da União está apto a combater tais atos em juízo, pela via adequada.

A lei de improbidade também prevê a possibilidade de intervenção da AGU nas ações de improbidade propostas pelo Ministério Público Federal, como bem anotado no Manual de procedimentos, *verbis*:

[...] Uma vez proposta a ação de improbidade apenas pelo Ministério Público, por força do §3º do art. 17, da Lei de Improbidade, remetendo-se ao §3º do art. 6º da Lei nº 4.717/65, imprescindível

a notificação da pessoa jurídica de direito público lesada para manifestar seu interesse em intervir no feito, podendo esta, ainda que seja inicialmente demandada, migrar para o polo ativo para atuar ao lado do autor como assistente litisconsorcial. Ou seja, nas hipóteses em que a União figure como réu nas ações de improbidade administrativa, poderá: contestar o pedido, abster-se de contestar ou ainda solicitar o ingresso no polo ativo.<sup>3</sup>

Superada a questão da participação da AGU nesse tipo de demanda, deve-se fazer referência ao fato de que as Cortes Superiores vêm a cada dia se orientando à ideia de otimizar a efetividade das sanções previstas na lei de improbidade, notadamente no que diz respeito ao ressarcimento ao erário.

Quanto ao ponto, mister fazer referência à recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que, no mesmo sentido da já citada técnica do pedido de bloqueio liminar das contas dos executados em virtude de decisão do TCU, admite a possibilidade de decretação da indisponibilidade dos bens antes mesmo do recebimento da petição inicial da ação de improbidade:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL. INDISPONIBILIDADE E SEQUESTRO DE BENS ANTES DO RECEBIMENTO ART. 7º DA LEI 8.429/1992. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

*1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a decretação da indisponibilidade e do sequestro de bens em ação de improbidade administrativa é possível antes do recebimento da Ação Civil Pública.*

2. Verifica-se no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual “os atos de improbidade

<sup>3</sup> Ibid., p. 48.

administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível". Precedente: REsp 1.319.515/ES, 1ª Seção, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 21/09/2012.

3. No caso em concreto, o Tribunal a quo, ao analisar os autos, concluiu pela existência do *fumus boni iuris*, sendo cabível a decretação da indisponibilidade de bens ante a presença de *periculum in mora* presumido no caso em concreto, mesmo antes do recebimento da petição inicial da demanda em que se discute improbidade administrativa.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1317653/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 13/03/2013)

Com fundamento nos mesmos princípios, o STJ também adotou duas posições importantes: a de que a decretação da indisponibilidade em função de ato causador de dano ao erário prescinde de comprovação do *periculum in mora*, e a possibilidade de decretação da indisponibilidade ainda que o ato seja enquadrado na tipificação do art. 11 da Lei n. 8429/92 (referente a atos que violam os princípios da administração pública), *verbis*:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. VIOLAÇÃO CONFIGURADA. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. FUMUS BONI IURIS PRESENTE, CONFORME AFIRMAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO.

1. Verifica-se no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da

Constituição, segundo a qual “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Precedente: REsp 1319515/ES, Rel.

Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012.

2. O Tribunal a quo, ao analisar os autos, concluiu pela existência do *fumus boni iuris*, sendo cabível a decretação da indisponibilidade de bens.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1229942/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 12/12/2012)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ERRO DE CAPITULAÇÃO DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO EXPRESSA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MATÉRIAS NÃO DEVIDAMENTE PREQUESTIONADAS. SÚMULAS 282 E 356, AMBAS EDITADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *INDISPONIBILIDADE DE BENS. MEDIDA QUE DEVE SER SUFICIENTE A GARANTIR O INTEGRAL RESSARCIMENTO DE EVENTUAL PREJUÍZO AO ERÁRIO, LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO, AINDA, O VALOR DE POSSÍVEL MULTA CIVIL COMO SANÇÃO AUTÔNOMA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE DESTA MEDIDA CAUTELAR. PRECEDENTES DO STJ.*

1. Não houve o prequestionamento quanto ao suposto erro na capitulação da conduta enquanto inserta no art. 11 da Lei nº 8.429/92 - e não em seu art. 10º - e tampouco quanto aos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, sendo certo que não foram opostos embargos de declaração perante as vias ordinárias. Incidência, por analogia, das Súmulas 282 e 356, ambas editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. No que tange à justeza do decreto da indisponibilidade de bens, o acórdão recorrido consignou que a medida de indisponibilidade é proporcional ao dano investigado, incluindo-se nela também o valor da possível multa a ser aplicada. Esse entendimento se firmou na mesma orientação deste Sodalício nos termos dos seguintes precedentes: AgRg no REsp 1311013/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 13/12/2012; AgRg no REsp 1311465/TO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 24/09/2012, dentre outros.

3. *Ainda que se considere que a conduta é subsumível ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, mesmo assim é cabível a medida de indisponibilidade.*

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1229942/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 12/12/2012) (grifo nosso)”

Destarte, nota-se a tendência de evitar, tanto nos casos de execuções de acórdãos do TCU, quanto nas hipóteses de ação de improbidade em virtude de lesão ao erário, que as ações judiciais tenham efetividade prática, isto é, sejam capazes de conseguir, no máximo grau, o ressarcimento ao erário.

### **2.3 AÇÕES DE RESSARCIMENTO REFERENTES A ELEIÇÕES SUPLEMENTARES**

Ao lado das ações de improbidade administrativa, a AGU também vem se destacando pelo combate à irregularidade em eleições, notadamente aquelas ocorridas em municípios onde a disputa pelo poder acarreta violações à legislação eleitoral.

Nesses casos, uma vez constatada a prática de irregularidades eleitorais pela Justiça Eleitoral, fazendo-se necessária a realização de eleições suplementares para a escolha do novo representante – o que inevitavelmente acarreta custos para o ente em que ocorridas tais irregularidades - a Advocacia-Geral da União vem, mediante atuação conjunta com o Tribunal Superior Eleitoral, trabalhando para garantir o ressarcimento das despesas com as novas eleições para os cofres da União.

Tal atuação engloba, fundamentalmente, o ajuizamento de ações de ressarcimento ajuizada em face dos ex-prefeitos.

Para se ter uma ideia da extensão da referida atuação, cabe menção à notícia publicada no site da Advocacia-Geral da União em 06/05/2013, que informou, até aquela data, o ajuizamento de 51 ações com pedido de ressarcimento, somadas a seis acordos já formalizados e 37 ações que, à época da notícia, estavam em vias de protocolo na Justiça Federal, num total de 94 casos.

De acordo com o levantamento, as cobranças, somadas, giram em torno de R\$ 2,7 milhões de reais gastos pelos cofres públicos federais. Essa vertente de atuação é demonstração inequívoca de que, na conjuntura atual, o índice de recuperação de desfalques aos cofres federais vem aumentando consideravelmente – em ocasiões pretéritas, seria comum que todos os prejuízos decorrentes da realização de eleições suplementares recaíssem sobre os cofres públicos e não fossem objeto de qualquer recomposição.

#### **2.4 AJUIZAMENTO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS EM NOME DA UNIÃO**

A fim de resguardar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, expressamente previsto no art. 225 da Constituição da República, a Advocacia-Geral da União tem a incumbência de atuar na sua proteção, notadamente quando envolvido o interesse federal – seja na seara administrativa, seja em juízo. Destarte, cabe sublinhar que as ações civis públicas que veiculam matéria ambiental ajuizadas pela AGU representam percentual expressivo da atuação pró-ativa da União.

### **3 CONCLUSÃO**

Ante todo o exposto, nota-se que, 3 anos após a implantação do grupo permanente de atuação pró-ativa da AGU, é cada vez mais vistosa a atuação do órgão no sentido de recomposição do patrimônio público nas suas mais distintas acepções – seja pela via do combate à corrupção e à improbidade administrativa, por meio da defesa dos bens públicos e do meio ambiente, pela busca da recuperação de ativos e recomposição de valores desviados da sua destinação adequada.

Tal atividade é de todo relevante para o Estado Democrático de Direito e é capaz de imprimir à advocacia pública uma nova conformação, que, além de se afastar definitivamente do questionamento auto-afirmativo a respeito da dualidade Advocacia de Governo x Advocacia



do Estado, coloca a AGU em papel de protagonismo na busca da melhor tutela jurídica do interesse público – não apenas o interesse secundário (de acordo com a distinção proposta por Renato Alessi), que se restringe ao aspecto patrimonial estatal, mas também do interesse público primário, tendo em vista todos os reflexos que tal atuação alcança nos planos econômico, social, político e cultural.

Destarte, pode-se falar na atuação pro-ativa também como peça-chave para a implementação e maior efetividade das políticas públicas propostas pelo Estado, capaz de fazer com que os recursos públicos sejam redirecionados para o atendimento dos interesses sociais.

#### **REFERÊNCIAS**

BRASIL, *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

*Cartilhas da AGU: Conheça o Grupo Permanente de Atuação Pró-Ativa da AGU*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, 2009.

*Manuais da AGU: Procedimentos de iniciativas administrativas e judiciais para atuação pró-ativa*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, 2009.



---

## A FUGA PARA O DIREITO PRIVADO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1923/DF

*TRAIL FOR PRIVATE AND THE DIRECT ACTION OF  
UNCONSTITUTIONALITY 1923/DF*

---

*João Gabriel Ribeiro Pereira Silva  
Advogado da União*

*Graduado em direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora*

SUMÁRIO: Breve análise sobre o tema; 1 Da fuga para o direito privado; 2 Os regimes de parceria; 2.1 As Organizações Sociais e as Organizações Cíveis de Interesse Público; 2.2 A ADI 1923/DF e a constitucionalidade da Lei 9637/98; 2.3 Perspectivas críticas das decisões; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A fuga para o direito privado, fenômeno moderno que vem marcando o direito administrativo, vem se acentuando de forma vertiginosa nos últimos anos, constituindo sério desafio para a advocacia pública no exercício de suas funções contenciosas e consultivas. Neste contexto, despontam as Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), cuja regulamentação foi alvo de questionamento de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O controle concentrado ainda se encontra em curso, porém, já se percebe a existência de uma tendência a ser alinhavada pela corte constitucional. A partir de tais diretrizes, pode-se buscar construir propostas para o aprimoramento do instituto.

**PALAVRAS -CHAVE:** Fuga para Direito Privado. Organizações Sociais (Os). Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Supremo Tribunal Federal. ADI 1923/DF.

**ABSTRACT:** The runaway to private law, modern phenomenon that has marked the administrative law, has been increasing steeply in recent years, constituting serious challenge for public advocacy in exercise of its contentious and advisory functions. In this context, emerge Social Organizations (OS) and Civil Society Organizations of Public Interest (OSCIP), whose regulation was submitted to the Supreme Court. The concentrated control is still in progress, but we already see there is a tendency to be stitched up by the constitutional court. Based on these guidelines, we can build proposals for the improvement of the institute.

**KEYWORDS:** Runaway to Private Law. Social Organizations (Os). Civil Society Organizations of Public Interest (OSCIP). Supreme Court. ADI 1923/DF.

## **BREVE ANÁLISE SOBRE O TEMA**

A fuga para o direito privado é problemática atual, que vem ganhando relevância diante da doutrina pátria desde a década de noventa, frente ao crescente movimento de descentralização dos serviços públicos que tem sido posto em prática pelo Estado brasileiro.

A implementação de políticas públicas através dos novos sistemas de atuação administrativa vem sendo tema recorrente na atividade cotidiana dos órgãos de representação judicial e extrajudicial dos entes públicos, principalmente na temática atinente aos instrumentos de controle e implementação daqueles.

Independente das formas que vem assumindo, a transferência da execução das atividades públicas para o setor privado tem sido prestigiada e efetivada de forma persistente, sem, muitas vezes, se cercar da cautela que lhe deveria ser inerente.

A par do que já se construiu acerca do instituto da descentralização, é inegável a existência de uma profunda lacuna que atinge, principalmente, a questão da participação de pessoas jurídicas de direito privado em conjunto com o poder público, na prestação dos serviços de sua alçada, principalmente quando não há uma delegação própria de serviços públicos, o que qualifica a atuação, geralmente, como cooperativa.

Dentro de tal categoria, merecem especial atenção as Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse público (OSCIP).

Isto porque, frente ao recente surgimento de tais instituições, tem-se demonstrado deveras árida a definição de seus contornos, uma vez que se trata, de fato, de verdadeiras inovações inseridas na sistemática da organização estatal pátria.

Tais dificuldades tem trazido uma série de problemas, que possuem como principal prejudicado não só o sistema jurídico, mas, também – e principalmente – o Estado brasileiro, assim como o povo que lhe compõe.

Conforme seria de se esperar, tal controvérsia não tem passado ao largo do caminho do Supremo Tribunal Federal, que, no exercício de sua judicatura constitucional, começou a se pronunciar, por intermédio dos Ministros Luis Fux e Carlos Ayres Britto, acerca da constitucionalidade de alguns dispositivos inseridos na legislação que diz respeito às Organizações Sociais (ADI 1923/DF – Informativo 622 do Supremo Tribunal Federal).

Diante de tais fatos, torna-se premente a necessidade de se densificar o trato dispensado a tais situações, como forma de promover a função social exercida pelo direito e evitar a problemática que se formou

no entorno da matéria atinente à atuação cooperativa do setor privado juntamente ao poder público.

Neste íterim, a proposta que será desenvolvida por este trabalho se insere na análise crítica do que foi produzido durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade supracitada, culminando com o desenvolvimento de proposta de atuação a ser adotada pelos órgãos de assessoramento jurídico do poder público.

## 1 DA FUGA PARA O DIREITO PRIVADO

Antes de proceder à análise do fenômeno posto à baila, cumpre que se destaque a dificuldade com que se depara o intérprete quando o assunto tratado é a “privatização”.

Como já assinala a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o conceito de privatização “importava em redefinir o âmbito próprio do Estado, mudando suas antigas por novas fronteiras, mediante uma revitalização das liberdades econômicas dos indivíduos”<sup>1</sup>

Procurando definir o instituto, a mesma autora propõe o seguinte conceito:

[...] conjunto ou de um processo aberto, que pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos.<sup>2</sup>

A par de tal conceito amplo do fenômeno da privatização, cumpre destacar que o mesmo foi adotado pela Lei 9.491/97 de forma restrita, como mera técnica de transmissão do controle acionário das empresas estatais ao setor privado.

De todo modo, interessa-nos, para o presente estudo, a conceituação *lato*, ofertada pela doutrinadora supracitada, sendo incontestável a sua identificação com o fenômeno da fuga para o direito privado que se pretende analisar.

Assim é que, diante do dilema vivido pelo Estado Social, deparou-se a administração pública com uma profunda ineficiência de seu aparato, o que conduziu a uma série de atividades voltadas à transferência dos ônus administrativos ao setor privado.

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 17.

2 *Ibid*, p. 19.

Tal movimento, que tem sido denominado pela doutrina pátria de descentralização<sup>3</sup>, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho, pode ser realizada de duas formas básicas: “por meio de lei (delegação legal) e [...] por negócio jurídico de Direito Público (delegação negocial)”<sup>4</sup>

A delegação legal está prevista pelo Art. 37, XIX da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. A partir de sua utilização, passou-se a se conceber a administração indireta, que recebe atribuições a partir da lei instituidora de suas funções.

Já a delegação negocial é viabilizada por intermédio de negócios jurídicos regrados pelo direito público, previstos, entre outros, pela Lei 8987/95 com regulamentação ampla e influxo decisivo da atual legislação referente ao processo público de concorrência consubstanciado na licitação.

Analisando-se tais categorias, cujos institutos já se encontram enraizados e bem desenvolvidos na dogmática jurídica pátria, depreende-se que a nota comum entre ambos é o forte influxo de comandos legais que regem as relações de transferência de ônus que lhes envolvem.

Assim é que, ao se valer da delegação legal ou negocial, o Estado deverá atentar para o complexo de normas atinente à matéria, guiando o negócio pelo cipoal legislativo vigente, sob pena de nulidade plena da atividade concessiva.

Neste íterim, verifica-se que, ao repassar os ônus que lhe apeteçam, a administração pública solve a problemática relativa ao inchaço do aparato burocrático, promovendo, de uma só vez, o equilíbrio financeiro e a tão sonhada efetividade da prestação dos serviços públicos.

Entretanto, por não enfrentar a celeuma burocrática retardante conferida pela execução direta, depara-se o poder público com uma série de exigências legais e administrativas para que possa lançar mão das técnicas de prestação indireta que envolvem a iniciativa privada.<sup>5</sup>

Destarte, diante de tal dilema, a prestação dos serviços públicos acaba por se ver prejudicada de todo modo. Isto porque as barreiras

3 ZUGNO, Renato. Espaços Públicos Compartilhados entre a Administração Pública e a Sociedade. São Paulo. Renovar, 2003. p. 45. No mesmo sentido: FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 328, conceituando a descentralização como “fato administrativo que traduz a transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da administração”

4 Ibid. p. 329

5 As exigências legais que circundam a matéria da delegação de serviços públicos refoge à temática do presente trabalho, apesar de ser nota fundante do sistema de “fuga para o direito privado”, cujo estudo, demandaria esforço autônomo e apartado, devido às suas complexidades.

legais exurgem durante a prestação do serviço, ou antes da delegação, a depender do procedimento que se adote.

## 2 OS REGIMES DE PARCERIA

Diante dos problemas enfrentados pelas formas de descentralização consagradas, passou-se a cogitar de uma nova forma de efetivar a prestação de serviços públicos que, ao mesmo tempo, atendesse aos interesses econômicos e financeiros do Estado e fosse capaz de atender aos reclamos realizados pelos princípios administrativos.

Conforme acentuou Gilmar Ferreira Mendes<sup>6</sup>, os novos regimes administrativos implementados pelo poder público se inserem num contexto de reforma estatal, iniciado na década de noventa, dentro da qual se destaca a Declaração de Madrid, aprovada em 14 de outubro de 1998 pelo Conselho Direito do Centro Latino Americano de Administração para o Desenvolvimento (CLAD), responsável pela reforma gerencial dos Estados latino-americanos.

Tal ímpeto reformador parte da constatação de que a solução para a crise do aparato burocrático estatal não estaria em seu desmantelamento, mas em sua reconstrução, o que implica em funda modificação estrutural do modelo que vinha sendo adotado, adequando-o aos reclamos da novel ordem social, principalmente os relacionados à segurança contratual exigida pelo mundo globalizado e aos direitos sociais. Busca-se, desta feita, uma via alternativa ao modelo não intervencionista do Estado liberal e à proposta altamente burocrática do estado intervencionista.

Desse modo, uma vez atenuado o perigo representado pelos movimentos inflacionários, através da primeira geração de medidas que alteraram os contornos gerenciais da administração pública, surge um novo dilema relacionado à efetividade das prestações sociais constitucionalmente atribuídas ao Estado, a qual, seguramente, vivencia uma crise existencial em face da ausência de propostas seguras para solucionar os diversos problemas com que se tem deparado.

E é neste contexto que surge o regime de parcerias como possível solução à já anunciada crise de efetividade das prestações sociais.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as parcerias são “todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica,

---

6 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Análise realizada no voto proferido quando do julgamento da medida cautelar.



são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público.”<sup>7</sup>

*Prossegue a autora dizendo que: “Nela existe a colaboração entre o poder e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para a satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive lucro”.*

Nota-se que há a inserção de um novo recurso no rol de alternativas postas à disposição do poder público para prestação dos serviços públicos, cujo surgimento é relativamente recente e cujo emprego vem gerando diversas controvérsias na atualidade.

Observando-se o panorama fático da realidade social brasileira, percebe-se que o regime de parceria tem sido privilegiado no trato dos serviços públicos cuja prestação se insere de forma mais rígida entre as atribuições conferidas ao Estado pela Carta Magna de 1988, dentre as quais pode-se citar a saúde, cuja prestação e regulamentação deve ser realizada pelo Estado, de forma direta ou indireta, podendo-se valer da cooperação particular em todos os casos, conforme exegese dos arts. 197 e 199 da CRFB/88.

Dentre as entidades que compõe os contornos da gestão em parceria, pode-se destacar a parcela do setor privado que compõe o chamado “terceiro setor”, cuja definição precisa foi dada por José dos Santos Carvalho Filho nas seguintes palavras:

[...] o terceiro setor resulta de iniciativas da sociedade civil, através de pessoas de atuação voluntária, associações e organizações não-governamentais, para a execução de funções eminentemente sociais, sem alvejar resultados lucrativos [...].<sup>8</sup>

Tais entidades atuam em colaboração com o poder público, otimizando a prestação dos serviços de sua alçada, através do fornecimento de recursos diversos, gerando, a princípio, um menor ônus financeiro e burocrático para o Estado.

No âmago de tal vertente cooperativista, destaca-se, para fins de aprofundamento no presente estudo, as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Isto porque, além de serem figuras que se encontram em destaque tanto na prática administrativa quanto no cotidiano dos tribunais, ambas apresentam-se como construções relativamente novas, que reclamam bom desenvolvimento regulamentar imediato.

7 DI PIETRO, op. cit., p. 33.

8 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 337

## 2.1 AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E AS ORGANIZAÇÕES CIVIS DE INTERESSE PÚBLICO

Aparentemente, o surgimento dos contratos de atuação cooperativa, bem como das figuras societárias que os envolvem, remonta ao direito francês, onde os contratos de transferência de ônus públicos ao setor privado tem assumido as mais variadas formas desde a década de 60 do século passado.<sup>9</sup>

No Brasil, além das concessões e permissões de serviço público, tem se destacado, conforme já se acentuou alhures, a gestão em parceria obtida juntamente às Organizações Sociais (OS) e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), ambas como formas de privatização *lato sensu*, que manifestam verdadeira confirmação do fenômeno de fuga para o direito privado que vem sendo noticiado, e cujas disciplinas se inserem no famigerado “plano de publicização” operado pela Administração Pública Federal.

Interessante destacar que, embora sejam as estruturas dos institutos jurídicos em apreço estudadas em apartado nas grandes obras de Direito Administrativo brasileiras, tanto a OS quanto a OSCIP possuem objetivo idêntico, que se consubstancia, nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro, em

[...] instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental qualificada pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado.<sup>10</sup>

Assim é que, dentro do objeto pretendido pelo modelo de gestão corporativa engendrado pelo regime legal supracitado, estão as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público autorizadas a gerenciar diretamente o patrimônio público, em suas mais diversas vertentes, conforme se pode depreender, por exemplo, dos arts.12 e 14 da Lei 9637/98 e dos art. 9º da Lei 9790/99.

Entretanto, o que diferencia fundamentalmente ambas as construções é a qualificação jurídica atribuída por determinado diploma legal, bem como a forma que assumirá a pactuação entre a mesma e a administração. Assim é que determinada Pessoa Jurídica será qualificada

9 Apenas para exemplificar, podem ser destacados os contratos de programa, de empresa, de plano e de objetivos, os quais são trabalhados com maestria por Maria Sylvia Di Pietro em sua obra: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Parcerias na administração pública. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 200 - 204

10 DI PIETRO, op. cit., p. 210.

como Organização Social acaso cumpra as diretrizes estabelecidas pela Lei 9637/98, hipótese em que estará apta a firmar contrato de gestão para atuar em parceria com o poder público. Lado outro, as Pessoas Jurídicas que pretendam se revestir da forma de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público deverão atender às prescrições erigidas pela Lei 9790/99, atuando em colaboração com a administração mediante termo de parceria.

Diante de tal fato, forte na doutrina apresentada pela professora Maria Sylvia Di Pietro, podemos concluir que os instrumentos jurídicos são praticamente os mesmos, de modo que ambas as entidades deveriam ser tratadas de forma única, submetendo-se ao mesmo regime jurídico.

Todavia, apesar do aparente conflito legislativo, que, sem dúvida, afronta a instrumentalidade almejada por qualquer ciência da administração, mister que se destaque que o regime apresentado pela Lei 9790/99 se afigura mais apropriado, uma vez que possui maiores cautelas e se mostra mais técnico tanto no procedimento de qualificação da instituição quanto no de formalização do pacto contratual.

Isto porque, conforme se pode depreender da análise dos diplomas legais supracitados, a OSCIP se submete a um regramento de qualificação minucioso, onde a definição das entidades que podem gozar do benefício se submete a requisitos severos que vão desde a esmerada especificação dos requisitos exigidos para a qualificação da entidade (arts. 1º a 4º da Lei 9790/99) até a minudente especificação dos requisitos necessário à composição do termo de parceria (arts. 9º a 15 da Lei 9790/99), representando um rigorismo científico compatível com o interesse público que envolve a gestão dos recursos públicos.

De modo diferente, a Lei 9637/98, apresenta inegável conteúdo de imoralidade, que culmina no surgimento de riscos profundos para o patrimônio público, uma vez que se torna nítida o desvio de finalidade do contrato de gestão, que, ao invés de se apresentar como instrumento de fomento, exsurge como verdadeiro meio de transferência de recursos públicos, humanos e patrimoniais, para particulares, sem que, contudo, haja o influxo da rígida normativa ínsita a esta operação.

Por vias transversas, conforme bem observou Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A idéia (contida na Lei 9637/98) é que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma Pessoa Jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercerem a mesma atividade que antes exerciam<sup>11</sup>

11 DI PIETRO, op. cit., p. 210.

utilizando o mesmo patrimônio, refugindo ao estreito regime de legalidade aplicável ao poder público.

Isto porque, apesar de enunciar o fomento como principal função do contrato de gestão, o próprio diploma normativo que rege as Organizações Sociais apresenta, em pelo menos uma situação, a possibilidade de que a prestação do serviço público seja realizada diretamente pela pessoa jurídica de direito privado, o que, a princípio, seria efetivado por meio de concessão ou permissão, uma vez que são estas as matrizes da delegação do serviço público (regidas pela Lei 8987/95), levando-nos a crer que tal operação se apresenta como verdadeira afronta aos princípios gerais que norteiam o direito administrativo, notadamente a Moralidade e a Legalidade.

Somando-se a tais aspectos de inconstitucionalidade, não pode se deixar de mencionar a total ausência de rigor científico presente nos arts. 1º e 2º da Lei 8637/98 que, ao contrário dos dispositivos iniciais da legislação que rege as OSCIP, apresentam critérios amplamente discricionários para que seja realizada a qualificação da Pessoa Jurídica como Organização Social, fato este que se soma à ausência de garantias exigidas do particular como fator que também evidencia o descuro do legislador com relação ao patrimônio público e, por via de consequência, acentua o caráter inconstitucional do regime instaurado pela Lei 8637/98.

Por fim, ainda dentro da análise da estrutura das OS e OSCIP, e, tendo por base todos os questionamentos acima realizados, impende analisar a viabilidade jurídica do preceito contido no art. 24, XXIV da Lei 8666/93, que dispensa a realização do certame licitatório para “a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.”

Frente a tal questionamento torna-se prudente a realização de análise percuciente acerca da matéria, uma vez que a verificação de constitucionalidade pressupõe a tomada de uma série de cautelas, tendo em vista o amplo papel desempenhado pela carta magna no seio do Estado Democrático brasileiro.

Neste sentido, como recurso técnico indispensável, impende destacar a doutrina construída pelo eminente constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, que, ao analisar o papel desempenhado pela Constituição de um Estado destaca que:

A constituição escrita não se limita a estabelecer os baldrames da organização estatal e os fundamentos da ordem jurídica da

comunidade, mas desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade.<sup>12</sup>

Desse modo, resta claro que o juízo de constitucionalidade deve ser realizado em sintonia com a funcionalidade prática apresentada pelo instituto da Organização Social, sem se olvidar o plexo normativo constitucional que exerce influência direta com relação à administração pública.

## 2.2 A ADI 1923/DF E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9637/98

Frente às já noticiadas perplexidades que surgiram com o advento da Lei das Organizações Sociais, a comunidade jurídica se despertou diante dos potenciais prejuízos que poderiam vir a ser carreados ao patrimônio público com a aplicação dos comandos legislativos contidos na Lei 9637/98.

A par das críticas doutrinárias que surgiram de imediato<sup>13</sup>, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT), por intermédio de seus diretórios nacionais, houveram por bem ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade, requerendo a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º a 22 da Lei 9637/98, bem como do art. 1º da Lei 9648/98, por representarem os mesmo afronta aos seguintes preceitos: Art. 5º, XVII e XVIII, Art. 22, XXVII; Art. 23, I, II, III, IV, VI, VII; Art. 37, II, XXI; Art. 40, I, III, “a” a “d” e § 4º; Art. 49, X; Art. 70; Art. 71, II, III; Art. 74, I, II, III, IV, §§ 1º e 2º; Art. 129, I, II, III; Art. 169, §1º, I e II; Art. 175, *caput*; Art. 194, *caput* e parágrafo único; Art. 196; Art. 197; Art. 199, § 1º; Art. 205; Art. 206, III, IV e VI; Art. 208, I a VII, §§ 1º e 2º; Art. 211, § 1º; Art. 213, I e II; Art. 215, *caput*; Art. 216, I a V e § 1º; Art. 218, §§ 1º, 2º, 3º, 5º; Art. 225, § 1º, I, II, V e VII e Art. 209, todos da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Dentre os argumentos aventados pelas representações partidárias para sustentar a suposta pecha de inconstitucionalidade, pode-se destacar a já aventada confusão institucional que ocorre na estrutura da Organização Social, que, apesar de receber recursos públicos, possui estrutura de direito privado, atuando como se particular fosse, sem as amarras impostas pelo regime de direito público, que se vê amplamente frustrado em benefício de uma suposta otimização de gestão, que reputa como maléfica as

12 Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1001.

13 Por todos: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. cap. 10, São Paulo: Atlas, 2002.

consequências erigidas pelas bases de direito público já consolidadas perante a ordem constitucional inaugurada pela carta magna vigente.

Também atua com preponderância a crítica realizada à forma de regulamentação do contrato de gestão, em decorrência da transferência de serviços essencialmente públicos que pode se operar por meio de suas disposições, em completo desacordo com todo o sistema constitucional dispensado às funções administrativas, o que pode vir a causar consequências nefastas à qualidade da prestação dos mesmos, beneficiando-se uma minoria politicamente influente em detrimento de toda a coletividade.

Os judiciosos argumentos esposados na impugnação objetiva de constitucionalidade apontam, com o mesmo espeque, as decorrências lógicas do processo de fuga para o direito privado, que se verificariam com a redução da destinação de verbas aos serviços públicos, bem como com a alteração da faceta dos serviços essencialmente atribuídos ao Estado, que passariam a ser duplamente onerados, através da carga tributária e da crescente cobrança pelos particulares que “desinteressadamente” buscam o terceiro setor para “auxiliar” o Estado em seu mister, uma vez que um dos objetivos do “plano de publicização” posto em prática pelo Estado brasileiro tem sido, em grande escala, o despojo das funções essenciais em prol de uma máquina enxuta. .

Neste ponto, ganha especial relevo a questão da isenção de procedimento licitatório que foi ofertada pela Lei 9648/98 às Organizações Sociais, ao fazer inserir o vergastado inciso XXIV ao art. 24 da Lei 8666/93, preceito este que, conforme a exordial deflagradora do controle de constitucionalidade, afronta os arts. 22, XXVII, 37, XXI e 175 da CRFB/88.

Sustenta-se, em resumo, a inconstitucionalidade da dispensa de licitação para contratação de Organização Social por afronta ao interesse público e em função da expressa vedação à ocorrência de dispensa exposta pelo art. 175 da carta magna, que não seria superada pela simples “qualificação” da entidade como OS, dado que ela continuaria a ser entidade de direito privado e, por isso, sujeita a todas as normas de ordem pública vigentes para contratação com o poder público.

Ademais, a Lei 9637/98, em seu art. 4º, VIII, ao delegar a possibilidade de que os administradores das OS possam dispor acerca do regime contratações para gerir os recursos e bens públicos que lhes foram confiados, também estaria maculada por irremediável pecha de inconstitucionalidade, em função do desrespeito aos comandos dos art. 22, XXVII e 37, XXI, ambos da CRFB/88.

Outra mácula encontrada na estrutura da Lei 9637/98, diz respeito à possibilidade de contratação de pessoal para compor os quadros das OS sem a realização de concurso público e sem a necessária previsão

orçamentária prévia (art. 4º, V, VII e VIII), reclamadas, sucessivamente, pelo princípio da legalidade e pelo art. 169, CRFB/88.

Por fim, é de se destacar a crítica realizada em face da ausência de impessoalidade no processo de qualificação das entidades de direito privado em Organizações Sociais, restando, dessarte, patente a violação ao art. 37, *caput* da CRFB/88.

Dentro de tal temática, exsurge o fato de que ao imputar, em seu art. 3º, indevida ingerência pública na estrutura das organizações de direito privado, a Lei 9637/98 foi de encontro ao que prevê o art. 5º, em seus incisos XVII e XVIII, CRFB/88. Ademais, a atribuição do título de OS pelo poder Executivo seria ato amplamente discricionário, submetido a requisitos pouco claros e com larga abertura de conteúdo, conforme se pode depreender dos arts. 1º e 2º da Lei 9637/98.

Com efeito, a discricionariedade e a falta de rigorismo técnico para qualificação da OS, somada a material ausência de requisitos básicos de idoneidade a serem exigidos de tais entidades para atuarem em cooperação com o poder público são um dos mais graves vícios apresentados pela Lei 9637/98, que se tornam ainda mais criticáveis frente ao extenso rol de exigências constitutivas e procedimentais erigidas pela Lei 9790/99, em seus arts. 1º a 8º para a qualificação das OSCIPS.

Tais contundentes argumentos, que reforçaram a fraude legislativa operada pela Lei 9637/98, servem para corroborar o já anunciado caráter de inconstitucionalidade dos mecanismos apresentados pelo programa nacional de publicização, notadamente os referentes às OS, que após detida análise, distanciam-se profundamente da desejada atuação cooperativa e passam a se tornar verdadeiras delegações de serviço público (*ex vi, v. g.*, dos arts. 17 a 20 da Lei 9648/98), que são operadas em completa desconformidade com a carta magna, em flagrante prejuízo do interesse público.

Neste ínterim, não é despiciendo anotar a perspicaz observação realizada na exordial da ADI 1923/DF, segundo a qual:

Materializando a fraude no processo de implantação das Organizações Sociais, a criação de tais entidades, embora formalmente ato autônomo de particulares, na verdade nada tem de autônoma: é mera transformação, induzida e orientada pelo Poder Público, de entidade estatal preexistente em entidade privada.<sup>14</sup>

---

14 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PTe PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Fl. 61.

Assim, diante da carência técnica apresentada pela legislação específica, o instituto da atuação cooperativa (notadamente o exercido pelas OS) tem sido utilizado para persecução de fins distantes do interesse público, impedindo-se que, através de um procedimento de escolha lícito e salutar, a administração pudesse se valer da colaboração de particulares na consecução de seus ofícios, objetivando sempre a eficiência, a moralidade e a probidade.

Diante de tais profundas considerações jurídicas, o Supremo Tribunal Federal, por meio de seu órgão pleno, iniciou o julgamento da ADI 1923/DF, tendo sido proferidos, até a presente data<sup>15</sup>, dois votos, de lavra do relator, o Min. Ayres Britto e um voto-vista, proferido pelo Min Luis Fux.

O Min. Ayres Britto, relator, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade das seguintes expressões e dispositivos da Lei 9.637/98: da expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, contida no inciso II do art. 2º; da expressão “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, constante do § 2º do art. 14; dos artigos 18 a 22, com modulação dos efeitos da decisão no sentido de que as organizações sociais que “absorveram” atividades de entidades públicas extintas até a data do julgamento deverão continuar prestando os respectivos serviços. Deu, ainda, aos artigos 5º, 6º e 7º do mesmo diploma e ao inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, interpretação conforme a Constituição, para deles afastar qualquer entendimento excludente da realização de um peculiar processo competitivo público e objetivo para: a) a qualificação de entidade privada como organização social; b) a celebração de “contrato de gestão”.

Mister destacar que, ao proferir seu voto, o relator houve por bem diferenciar e destacar todo os preceitos constitucionais que definem o regime de prestação de serviços públicos no intuito de definir quais seriam as atividades passíveis de prestação mista, que poderiam ser implementadas tanto pelo Poder Público, quanto pelo particular, as quais denominou “atividades mistamente públicas e privadas” uma vez que “ se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público. Se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, porém sob o timbre da relevância pública.”<sup>16</sup>

15 O trabalho foi concluído no dia 27 de Agosto de 2013.

16 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 622, 4 a 8 de Abril de 2011.



Ainda de acordo com o relator, tais atividades mistas, acaso prestadas pelo poder público, mesmo que em parceria com a iniciativa privada, não perdem seu timbre de serviço público. Lado outro, na hipótese de prestação exclusiva de tais atividades pela iniciativa privada, os serviços por elas prestados deixaram de ser puramente públicos, ganhando, todavia, a pecha de “serviços de relevância pública”, conforme dispõe os arts. 129, II, e 197 da CRFB/88.<sup>17</sup>

Tendo em conta esse contexto normativo, asseverou o Ministro que os particulares poderiam desempenhar atividades que também corresponderiam a deveres do Estado, mas que não seriam exclusivamente públicas, a exemplo da cultura, saúde, ciência e tecnologia, educação e do meio ambiente. Aduziu, ainda, que tais atividades seriam passíveis de financiamento público e sob a cláusula da atuação apenas complementar do setor público.

Frente a estas considerações preliminares, houve por bem o relator acatar a inconstitucionalidade do “Programa Nacional de Publicização”<sup>18</sup>, entendendo, em conformidade com as estreitas linhas colimadas na exordial, que:

---

17 Op. cit. Mesmo que não seja objeto do presente estudo, é importante destacar que as prestações que o Ministro convencionou chamar de mistamente públicas e privadas (dentre as quais se destaca, diante do regime constitucional, a saúde, a assistência social e a educação) quando prestadas por particulares, se diferenciam da delegação de serviços públicos pelo fato de que neta forma de descentralização há, tão somente, a transmissão da execução do serviço à iniciativa privada, permanecendo com o poder público a titularidade do mesmo, enquanto nas atividades mistamente públicas, a própria Constituição Federal prevê a possibilidade de atuação conjunta do particular com o poder público, sem que, para tanto, se faça necessária a delegação.

É de se destacar que, conforme asseverou o Min. Luis Fux em seu voto vista na mesma ADI 1923/DF, a classificação das atividades acima denominadas como mistamente públicas está sujeita a polêmica no terreno doutrinário. Há quem entenda se tratar, ainda assim, de serviço público, uma vez que o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor, que diz respeito somente ao ângulo subjetivo. Há, no sentido diametralmente oposto, quem entenda tratar-se de atividade econômica em sentido estrito, caracterizada pela preponderância da livre iniciativa, já que ausente o Poder Público na prestação, devendo prevalecer o perfil subjetivo para a definição do respectivo regime jurídico. Por fim, há posição intermediária que define tais atividades, quando prestadas pelo particular, como atividade econômica de interesse público, sujeita à incidência de um marco regulatório mais intenso do que as meras atividades econômicas em sentido estrito, porém menos intensa do que a cabível no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos. Mister que se destaque que a Corte Suprema já se posicionou sobre o tema, afirmando que os serviços de educação, exemplo típico de serviço público social e não privativo, ainda quando prestados pelo particular por direito próprio, configuram serviços públicos, aderindo, portanto, à primeira corrente mencionada acima, conforme se pode depreender do julgamento da ADI 1266, relatada pelo Min. Eros Grau.

18 Previsto, em linhas básicas, nos arts. 18 a 22 da Lei 9637/98.

Na realidade, tratar-se-ia de um programa de privatização, em que órgãos e entidades públicos seriam extintos ou desativados e todos os seus bens, servidores e recursos orçamentários seriam repassados à gestão das organizações sociais, o que afrontaria a determinação Constitucional, quanto aos serviços estritamente públicos, no sentido de que o Estado os preste diretamente ou sob regime de concessão, permissão ou autorização.<sup>19</sup>

Todavia, houve por bem o relator reputar constitucional o mecanismo de gestão corporativa imanente ao contrato de gestão, entendendo que o mesmo seria uma espécie de convênio, que, em princípio, poderia ser firmado sem ser precedido por procedimento licitatório.

Diante de tais razões, asseverou o Ministro que a dispensa licitatória prevista no art. 24, XXIV, estaria afinada com a carta magna.

Entretanto, o relator ressaltou que isso: a) não afastaria o dever de abertura de processo administrativo que demonstrasse, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada se revelaria como de superior qualidade frente à atuação isolada ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão; b) não liberaria a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua específica habilitação para determinado “contrato de gestão”; c) não prescindiria de motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, se houver outra com idêntica pretensão de emparceiramento com o Poder Público; d) não dispensaria os mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em regime de parceria com a iniciativa privada. Salientou, em suma, que se deveria proceder a um chamamento público, com regras objetivas, a fim de se convocar, dentre as organizações sociais com atuação na área, aquela com maior aptidão para realizar a atividade pretendida.<sup>20</sup>

Adiante, o relator declarou a inconstitucionalidade do fraseado “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como

19 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 621, 28 de Março a 1º de Abril de 2011.

20 Ibidem..

organização social”, inserto no inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98, salientando que tal modelo “organiza um sistema absolutamente aleatório de classificação de organizações que não de ser laureadas com o título de ‘sociais’, pondo ao isolado alvedrio do administrador, no caso, ao ministro de Estado ou ao gestor do órgão que deva regular a área de atuação da entidade (art. 2º, II), o juízo de oportunidade e de conveniência quanto à absorção pelo Poder Público dos desígnios da instituição-candidata, que então, mediante contrato de gestão, será fomentada com dinheiro, pessoal e material, elevando-se, ainda, a potencial beneficiária de contratação com a Administração, e tudo isso fora das regras regulares de mercado, pois não precisará se submeter a processo público de licitação.” Anotando, adiante, que:

Ainda que seja para atuar em espaço de interesse coletivo que está franqueado também aos agentes econômicos privados, o envolvimento material do Poder Público com a organização exige que se espriem os princípios do art. 37 da Constituição da República por todo o conjunto normativo.<sup>21</sup>

Frente a tais considerações, nota-se que o relator observou a excessiva discricionariedade que foi conferida pelo legislador ao administrador acerca da possibilidade de qualificar a entidade privada como Organização Social, tendo em vista o fato de que praticamente inexistem, nos arts. 1º a 4º da Lei 9637/98, parâmetros que possam ser objetivamente aferidos para eventual controle da atividade constitutiva.

Após reputar a inconstitucionalidade, doutrinou o Ministro Ayres Britto, no sentido de que a qualificação como OS dependeria de

um processo público de deliberação, que constituirá o meio hábil a atender não só o princípio da isonomia, pois todos devem ter mesmas chances de contratar com o Poder Público, como também aos primados da Lei 9.637/98, nos quais tanto se sustentam na procura da melhor maneira de se executar, com foco no resultado, uma tarefa de interesse social.<sup>22</sup>

Lado outro, com relação ao emparceiramento por intermédio do contrato de gestão, o relator parece ter adotado a mesma saída,

21 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 622, 4 a 8 de Abril de 2011.

22 Ibidem.

apontando para a necessidade de um procedimento que privilegie a exegese constitucional, notadamente os princípios insertos na cabeça do art. 37 da CRFB/88, o que implica em adoção da técnica da interpretação conforme a constituição para emprestar à leitura do art. 7º da Lei 9.637/98 o conteúdo constitucional necessário a afastar qualquer leitura que atribua ao exclusivo arbítrio do administrador a contratação de Organização Social com dispensa de licitação.

Desse modo, prevaleceram em ambos os votos colhidos até o momento a mesma distinção básica segundo a qual

a rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão. E é nesse ponto da concretização da atividade de fomento<sup>23</sup> que, supostamente, configuram-se todas as demais inconstitucionalidades alegadas na inicial.<sup>24</sup>

Contudo, colhendo a análise feita pelo Min. Luis Fux, observa-se que, ao proferir o seu voto, este magistrado houve por bem, inspirando-se em doutrina afim ao direito econômico, partir dos conceitos de intervenção direta e indireta do Estado na economia, classificando a atuação cooperativa realizada pela OS como modalidade de fomento em que o poder público intervêm na economia de forma indireta, contribuindo das mais diversas formas para a realização da atividade de interesse público.

Com base em tais premissas, o Ministro reputou constitucional o programa de publicização contido na Lei 9.637/98, reputando que as disposições contidas nos arts. 18 a 22 daquele diploma somente seriam formas pontuais de intervenção indireta na economia por parte do Estado dirigente.

23 Conforme asseverou o Min. Fux em seu voto vista, o fomento pode ser entendido como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais.

24 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 628, 23 a 27 de Maio de 2011.

Prosseguindo em seu voto-vista, o Min. Fux não reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2º, II da Lei 9.637/98, aduzindo que:

Seria de fato inconstitucional qualquer leitura, feita pelo administrador ou pelos demais intérpretes, que extraísse dessa competência administrativa um permissivo para a prática de arbitrariedades, criando redutos de favorecimento a ser viabilizado por contratos de gestão dirigidos a determinadas organizações sociais. Contudo, tal dispositivo só pode ser interpretado, à luz do texto constitucional, como deferindo o manuseio da discricionariedade com o respeito aos princípios que regem a administração pública, previstos no caput do art. 37 da CF, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dos quais decorre o dever de motivação dos atos administrativos, como elemento da necessária controlabilidade dos atos do poder público.<sup>25</sup>

Aos princípios constitucionais administrativos se somariam a fiscalização do TCU e do Ministério Público, o processo administrativo de desqualificação previsto pelo art. 16, §1º da lei que regulamenta as Organizações Sociais e a regulamentação do Plano Nacional de Publicização reclamada pelo art. 20 do mesmo diploma, todos como ferramentas aptas a delimitar os contornos pelos quais poderá se amoldar a atuação do administrador ao qualificar o a entidade privada como Organização Social.

Assim, ao salientar a constitucionalidade do procedimento de qualificação, o Ministro seguiu o relator no que tange à desnecessidade da realização do procedimento licitatório, divergindo apenas com relação à necessidade de declaração da inconstitucionalidade da expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, inserta no inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98.

Por fim, com relação à necessidade de licitação para a elaboração do contrato de gestão, houve por bem o Ministro Fux seguir a orientação assentada pelo voto do relator, destacando que:

Embora não submetido formalmente à licitação, a celebração do contrato de gestão com as Organizações Sociais deve ser conduzida de forma pública, impessoal e por critérios objetivos, como consequência da incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.<sup>26</sup>

---

25 Op. cit.

26 Op. cit.

## 2. 3 PERSPECTIVAS CRÍTICAS DAS DECISÕES

Tendo em vista a exposição dos aspectos relevantes das primeiras manifestações definitivas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal acerca da temática posta à baila, cumpre destacar alguns conflitos e perspectivas que podem ser extraídos dos votos supracitados.

Neste sentido, é de se observar que, da simples análise dos votos que foram prolatados quando do julgamento da medida cautelar requerida no corpo da mesma ADI 1923/DF, pode-se depreender que há funda controvérsia acerca de sua constitucionalidade até mesmo entre os próprios integrantes da excelsa corte, o que reveste de imprevisibilidade a decisão definitiva que porventura venha a ser tomada em um futuro breve.

De todo modo, embora tenha se notado, nos dois primeiros votos supracitados, uma certa tendência à preservação do texto legal, com meras pontuações e reduzidas decretações de inconstitucionalidade, é de se destacar que quando da votação acerca da medida cautelar requerida para suspender a eficácia da Lei 9637/98 houve uma minoria de votos favoráveis à concessão do provimento *ad cautelam*, o que mostra, de *per se*, a ausência de previsibilidade acerca do resultado do julgamento.

Tal fator ganha especial relevância ao se aferir o fato de que os Ministros que abriram a divergência ainda continuam, em sua maioria, compondo o plenário da corte constitucional, ao passo que, a maioria dos ministros que votou pela desnecessidade do provimento cautelar já se retirou da composição daquele órgão julgante.

Embora saibamos que a medida cautelar, de certo, não se identifica com o mérito e nem é capaz de induzir qualquer presunção segura para se antecipar determinada postura que será adotada pelo julgador quando do julgamento definitivo da lide, é fundamental que se destaque que a votação da medida cautelar propugnada pelos requerentes da ADI 1923/DF foi marcada por profundas digressões cognitivas por parte dos ministros, o que reveste o caso de peculiaridades especiais.<sup>27</sup>

Assim é que, debruçando-se sobre o conteúdo dos votos que foram proferidos àquele momento, pode-se destacar que o relator inicial, o Ministro Ilmar Galvão, após refutar, em juízo de cognição sumária, todas as matérias que compõe a causa de pedir da exordial instauradora de controle concentrado, votou pelo desprovimento do acautelamento

---

<sup>27</sup> Tal fato foi corroborado pelo Ministro Gilmar Mendes ao ressaltar, em seu voto, que o julgamento da medida cautelar se estendia desde junho de 1999, principalmente em virtude da densidade dos votos proferidos.

*initio liminis litis*, no que foi seguido, pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves e Nelson Jobim.

Entretanto, abrindo a divergência, entendeu o Ministro Eros Grau no sentido de que haveria flagrante inconstitucionalidade a macular a maior parte do diploma legal, acolhendo os argumentos esposados na peça pòrtico e destacando o abusivo fenômeno de fuga para o direito privado promovido pela Lei 9637/98. No que foi seguido pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.<sup>28</sup>

De se destacar que, neste íterim, não seguiram a divergência e, por via reversa, negaram a liminar, os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, por não entenderem inconstitucional o diploma legal.

Neste sentido, uma vez destacada a controvérsia existente, mister que se pontue alguns aspectos que, independentemente do resultado a ser colhido no controle de constitucionalidade, podem ser extraídos da lide constitucional.

Primeiramente, resta claro que em todos os votos proferidos, seja em sede definitiva ou em juízo de cognição sumária, não se esquivaram os Ministros de levar em conta o relevante papel que vem sendo desempenhado pelas Organizações Sociais no panorama político nacional.

Tal fato, inclusive, pode-se afirmar com segurança, foi critério relevante para fundamentar os posicionamentos que apontaram pela constitucionalidade da Lei 9637/98, que seria, sem dúvida, instrumento que promove a redefinição da estrutura estatal no intuito de otimizar os serviços de interesse social que não são de atribuição exclusiva do poder público e que, por tal razão, podem ser prestados por particulares, com incentivo.

Entretanto, a simples relevância social das OS não pode ser sustentáculo único de sua inserção dentre as formas de gestão admitidas à condução da atividade administrativa. Notadamente quando se verificam reiterados descumprimentos aos basilares princípios que

---

28 De se destacar que o que foi comungado pelos Ministros citados foi o entendimento, no mérito, acerca da plausível inconstitucionalidade do diploma legal questionado, uma vez que, os votos divergiram com relação à liminar, em razão de questões de segurança jurídica. Assim, o Min Eros Grau, em um primeiro juízo, concedeu a liminar suspensiva amplamente abrangente (suspendendo a vigência dos arts. 1º, 5º, 11 a 15 e 20 da Lei 9637/98). No que foi seguido pelo Ministro Joaquim Barbosa (ressalva com relação ao art. 1º, que já havia sido declarado constitucional pelo Min. Barbosa Moreira, antecessor daquele julgador). Entretanto, após considerações acerca da matéria de fato que envolve as OS, o Min. Eros Grau houve por bem reconsiderar seu voto, denegando a liminar, mantendo, contudo, todas as considerações realizadas no mérito, acerca da inconstitucionalidade da lei. O Min. Ricardo Lewandowski, apesar de comungar dos argumentos asseverados pela divergência, houve por bem, em prestígio à segurança jurídica, conceder a liminar somente com relação ao art. 1º do vergastado diploma legal.

norteiam a Administração Pública no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Neste sentido, se mostrou acentuadamente abstrata a alternativa metodológica encontrada para a questão da qualificação das entidades de direito privado como Organizações Sociais, dado que a efetivação da interpretação conforme a constituição com a conseqüente aplicação dos princípios da impessoalidade e da moralidade para que se credencie uma determinada instituição se afigura, de antemão, inapta a tutelar o erário público diante da atuação de administradores ímprobos.

Isto porque, a própria estrutura aberta que é característica dos princípios impede a efetivação do controle rígido que é reclamado pela gestão dos recursos públicos, além de se apresentar subjetivamente complexa para os administradores que não estejam familiarizados com a ciência jurídico-administrativa, o que permite que a maleabilidade da estrutura do mandado de otimização se molde de acordo com os interesses exclusivos dos gestores de recursos públicos.

Assim, a tentativa de aproveitamento da Lei 9637/98, através da aplicação da técnica da interpretação conforme a constituição, colhida nos primeiros votos proferidos na ADI 1923, tem se mostrado inapta a coibir as irregularidades jurídicas contidas naquele texto legal.

Na realidade, grande parte dos problemas elencados podem, satisfatoriamente, ser resolvidos pela aplicação das técnicas de qualificação e de controle previstas na Lei 9790/99, o que nos leva a conclusão de que a inexistência da Lei 9637/98 não traduziria qualquer prejuízo para a ciência da gestão pública, que, para fins de atuação cooperativa poderia, muito bem, lançar mão do regime de parceria e fomento previsto pela lei das OSCIP.

Afirma-se tal quadro com base na simples observação de que a Lei 9790/99 apresenta parâmetros objetivos de aferição, tanto no que toca à qualificação das entidades de direito privado (arts. 1º a 8º), quanto no que se refere ao controle da prestação dos serviços cooperativos no âmbito do termo de parceria (arts. 9º a 15).

Lado outro, deve-se notar que a solução encontrada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para solucionar o problema referente à dispensa de licitação para contratação de OS pelo poder público, também é marcado por um caráter essencialmente abstrato, uma vez que simplesmente se aponta a necessidade de um procedimento objetivo que respeite os princípios elencados pelo



art. 37 da CF/88, sem que, contudo, se trace, ao menos, algumas diretrizes básicas para concretização de tal certame.

Diante de tal quadro, resta evidente, em um primeiro momento, a necessidade de que o ordenamento jurídico pátrio seja contemplado com uma nova modalidade procedimental para contratação de prestadores de serviço, uma vez que os procedimentos previstos na lei de licitações (Lei 8666/93) e na lei de concessões de serviço público (Lei 8987/95) tem se mostrado insuficientes para atender à demanda social e pública.

### **3 CONCLUSÃO**

Neste ínterim, observados e analisados os problemas que assolam o incipiente modelo de gestão em parceria brasileiro, podem ser apontadas diretrizes e limites a serem observados para a regularização do regime.

De pronto, afirma-se a necessidade imperativa da edição de um diploma legal que contenha o marco regulatório de todo o terceiro setor, devendo o mesmo incluir, de forma objetiva, o procedimento a ser adotado para o emparceiramento do poder público, bem como para a aquisição de bens e serviços pelas entidades que estejam recebendo auxílio governamental.

Para tanto, os princípios de direito administrativo servem como fontes primárias, capazes de emanar diretrizes que devem compor o sistema legislativo proposto.

Tal sistemática deve ser influenciada diretamente pelo princípio da legalidade e pela vinculação aos direitos e garantias fundamentais que irradiam com força vinculante da Constituição Federal, em função de sua posição central no ordenamento pátrio.

As limitações e diretrizes impostas pela regulamentação reclamada devem atentar para as peculiaridades da atuação mediante fomento, sem, contudo, deixar de lado os requisitos e exigências inerentes ao regime constitucional dispensado ao patrimônio público.

Contudo, antes de ser implementada a desejada legislação básica, devem ser colmatadas as lacunas mediante a utilização dos instrumentos atualmente disponíveis.

Assim é que, conforme analisado, o melhor caminho a ser seguido é a adoção do procedimento licitatório ofertado pela Lei 8666/93 para a pactuação do contrato de gestão ou termo de parceria com a OS ou OSCIP, bem como para a contratação de serviços e aquisições de bens por parte de tais entidades, quando empregados recursos públicos, sendo certo que o procedimento de qualificação

das pessoas jurídicas de direito privado como OS ou OSCIP não rende ensejo a utilização das ferramentas licitatórias, sendo aconselhável a utilização única das diretrizes formuladas pela Lei 9790/99, em virtude de seu rigorismo técnico.

Uma vez apontada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que permitem às OS e às OSCIP editar regulamento próprio de contratações e, evidenciada a insuficiência da lei de licitação diante do âmbito prestacional assumido pelo aparato estatal, procurou-se tratar de linhas e diretrizes básicas para a formação do regramento legal de procedimento aplicável às compras realizadas pelas entidades parceiras.

Assim é que, poderia a União editar norma geral, aplicável a todas as entidades de direito privado que são beneficiadas pelo fomento, cujo conteúdo básico seria ditado pelos princípios de direito administrativo insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 621, 28 de Março a 1º de Abril de 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Fl. 61

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 622, 4 a 8 de Abril de 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 622, 4 a 8 de Abril de 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 628, 23 a 27 de Maio de 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Análise realizada no voto proferido quando do julgamento da medida cautelar.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZUGNO, Renato. *Espaços Públicos Compartilhados entre a Administração Pública e a Sociedade*. São Paulo. Renovar, 2003.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional  
SIG, Quadra 6, Lote 800 70610-460, Brasília – DF  
Tiragem: 4.000 exemplares