

Publicações da Escola da AGU

Curso de Formação para Advogados da União - 2013: trabalhos selecionados volume 2

n. 28 junho 2013 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 28	p. 1-348	junho 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 Amaorim

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Gláucia 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. 2 (junho 2013).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, nº 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

Altair Roberto de Lima

Boni de Moraes Soares

Caio Castelliano de Vasconcelos

Daniela Figueira Aben-Atar

Danilo Barbosa de Santanna

Diogo Palau Flores dos Santos

Edmar Fernandes de Oliveira

Eduardo Alonso Olmos

Evandro Luiz Rodrigues

Fabíola Souza Araújo

Francisco Orlando Costa Muniz

Gustavo Augusto Freitas de Lima

Isadora Maria B. Rocha Cartaxo de Arruda

Jorge Luiz Castilhos Garcia

José Roberto Machado Farias

Juliana Sahione Mayrink Neiva

Karina Nathércia Sousa Lopes

Luciano Medeiros de Andrade Bicalho

Marcelo Eugênio Feitosa Almeida

Niomar de Sousa Nogueira

Paulo Roberto Gonçalves Junior

Quésia Maria Mendes Neiva

Renato Dantas de Araujo

Rodrigo Frantz Becker

Rodrigo Pereira Martins Ribeiro

Savia Maria Leite Rodrigues Goncalves

Teresa Cristina de Melo costa

SUMÁRIO

Apresentação	7
A Participação Social e o Princípio Democrático na Constituição Federal de 1988 e o Atuação da Advocacia-Geral da União nesse Contexto como Efetivadora Democrática <i>Social Participation and Democratic Principle in 1988's Brazilian Federal Constitution and the Performance of the General-Attorney of the Union in that Context to Enforce Democracy</i> João Paulo de Faria Santos	9
A Nomeação em Concursos Públicos: breve ensaio sobre a evolução do tema na jurisprudência dos Tribunais Superiores – teorias da expectativa de direito e do direito subjetivo <i>The Appointment of Public Procurement: a brief essay on the evolution of the theme in the jurisprudence of higher courts - theories of expectation of law and subjective rights</i> Juliane Almudi de Freitas.....	31
A Fazenda Pública e as Especificidades da Execução Trabalhista <i>The Public Treasury and the Enforcement Proceedings in the Labor Process</i> Laura Fernandes de Lima Lira	47
A Lei de Acesso à Informação e a Publicidade dos Pareceres da AGU <i>The Law on Access to Information and Publicity of the Opinions of the AGU</i> Luciana Azevedo Paz de Souza Barros.....	65
A Atuação do Amicus Curiae na Jurisdição Constitucional Brasileira <i>The Role of Amicus Curiae in the Brazilian Constitutional Jurisdiction</i> Luciano Andrade Farias	81
Inviabilidade jurídica de condenação da União ao pagamento de indenização por danos morais e materiais aos anistiados beneficiados pela Lei n.º 8.878/94. Atuação da Procuradoria-Geral da União em ações que tenham esse objetivo <i>Legal infeasibility of condemnation of the Union for payment of punitive and compensatory damages by law 8878 for the amnesty benefited. Action of Advocacia Geral da União (Attorney General's Office) in lawsuits that have main request this condemnation</i> Mariana Munhoz da Mota.....	101

A Função Consultiva da Advocacia-Geral da União <i>The Advisory Function of the Advocacia-Geral da União</i> Mateus Levi Fontes Santos	119
A Remoção dos Servidores Públicos Federais na Lei nº 8.112/1990 <i>Removal of Public Servants in Federal Law No. 8.112/1990</i> Pedro de Souza Alho	145
O Papel Inovador da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal: fundamentos e benefícios de sua função conciliatória <i>The Innovative Role by the Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal: fundamentals and benefits of its mediation</i> Pedro Henrique Magalhães Lima.....	169
Arbitragem e Administração Pública <i>Arbitration and Public Administration</i> Pedro Maradei Neto	185
Súmulas da AGU: uma forma de concretização do princípio da segurança jurídica <i>AGU's Precedents: a way to achieve the principle of legal certainty</i> Rafael Rott de Campos Velho.....	207
Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal: instrumento de resolução de conflitos de uma sociedade plural <i>Chamber of Conciliation and Arbitration of the Federal Administration: an instrument to resolve conflicts in a plural society</i> Ricardo Luiz Barbosa de Sampaio Zagallo	227
A Lei de Acesso à Informação e o Celeuma quanto à Divulgação da Remuneração e Subsídio dos Agentes Públicos <i>The Access to Information Law and the Controversies About Remuneration's Disclosure of Public Agents</i> Rodrigo Maia da Fonte.....	245
Os Meios Consensuais de Solução de Conflitos na Esfera Judicial e o Poder Público: análise do artigo 4º da lei nº 9.469/97 à luz da sistemática dos recursos repetitivos no STF e no STJ <i>Consensual Means of Conflict Resolution in Judicial Sphere and Public Power: analysis of article fourth of federal law 9.469/97 in the light of repetitive appeals' systematic at STF and STJ</i> Rodrigo Mendes de Sá.....	261

Atuação Consultiva da Advocacia-Geral da União e o Controle de Juridicidade <i>The Advisory Role of the Advocacia-Geral da União and its Control of Juridicity</i>	287
Tayse Carvalho Silva Montenegro de Oliveira.....	
Uma análise da natureza jurídica da Funpresp-Exe e a repercussão em relação à incidência do teto remuneratório constitucional <i>An Analysis of the Legal Nature of Funpresp-Exe and its Relation with the Wage Ceiling in Public Service</i>	305
Thiago Lindolfo Chaves.....	
Recepção e Hierarquia das Convenções Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro <i>Reception and Hierarchy of International Conventions in Brazilian Law</i>	323
Vinícius de Azevedo Fonseca.....	

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 PARTICIPAÇÃO SOCIAL E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NESSE CONTEXTO COMO EFETIVADORA DEMOCRÁTICA

SOCIAL PARTICIPATION AND DEMOCRATIC PRINCIPLE IN 1988'S BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION AND THE PERFORMANCE OF THE GENERAL-ATTORNEY OF THE UNION IN THAT CONTEXT TO ENFORCE DEMOCRACY

João Paulo de Faria Santos

*Advogado da União lotado na Consultoria Jurídica da AGU junto ao Ministério do Meio Ambiente. Professor de Direito Civil no UniCEUB-DF
Mestre em Direito Constitucional pela UnB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Significado Constitucional do Princípio Democrático; 1.1 A Indivisibilidade e a Complementariedade de Direitos; 2 Topografia da Participação Social na Constituição Federal de 1988; 2.1 Poder Judiciário; 2.2 Poder Legislativo; 2.3 Classificando a Participação Social no Poder Executivo; 2.3.1 As Políticas Setoriais e os Conselhos de Participação Social no âmbito da Seguridade Social; 2.3.2 Conselhos de Participação para além da Seguridade Social; 2.4

Formas de Participação Abrangente e o Bloco de Constitucionalidade; 2.4.1 Orçamento Participativo; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 consolida uma série de instituições na efetivação do Estado Democrático de Direito, em especial na participação social aberta em torno do princípio democrático para além de espaços de democracia representativa, alcançando eixos de democracia participativa. O artigo, após uma reconstrução histórica da temática na legislação nacional, busca alinhavar os avanços de participação social no poderes Legislativos, Judiciário e Executivo desenhados no texto constitucional. Em especial, analisa os conselhos de participação social criados no âmbito das diversas políticas públicas na seara do Poder Executivo. Em todos esses aspectos, busca-se descrever a participação da Advocacia-geral da União na consolidação jurídico-democrática desses espaços.

PALAVRAS-CHAVE: Participação Social. Democracia Participativa. Conselhos de Participação Social. Poder Executivo. Advocacia-Geral da União.

ABSTRACT: The 1988's Brazilian Federal Constitution strengthen a list of institution to enforce the Democratic Rule of Law, specially in the aspect os social participation opened to the democratic principle beyond the representative democracy and achieving the participative democracy. The article, after a historical rebuilding of the theme inside the brazilian legislation, aim to describe the achievements in the Legislative, Judiciary and Executive branches of the Republic. Finally, we focus at the councils of public participation created inside the enforcement of public policies in the Executive branch. And, in all that aspects, we try to describe the competence of the General-attorney of the Union inside the legal aspects of this institutions.

KEYWORDS: Social Participation. Participative Democracy. Councils of Social Participation. Executive Branch. General-Attorney of the Union.

INTRODUÇÃO

A efetivação de direitos vem sendo a tônica da construção da sociedade e do Estado moderno. A propalada diferenciação dos mesmos em eras ou gerações¹ identifica somente grupos específicos que construíram as demandas que se juridicizaram em liberdades individuais e direitos sociais, consolidando o Estado de Direito.

Entretanto, é na construção do Estado Democrático de Direito contemporâneo que surge o conceito de um “metadireito” prioritário, identificado como uma participação democrática na própria construção de direitos. É dentro desse marco, inclusive, que nosso processo constituinte reconstrói o ordenamento jurídico brasileira e desenha inúmeros espaços de participação social em políticas públicas, processos legislativos e decisões judiciais.

A construção do texto constitucional acabou gerando um princípio jurídico democrático, como contextual, sistemático e implícito ao texto de 1988. Assim, o escopo do presente artigo é descrever o conteúdo constitucional desse princípio e, ao longo do texto, tecer comentários sobre a atuação consultiva e contenciosa da Advocacia-Geral da União em torno de expressões concretas deste mesmo princípio.

1 O SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Na ideia de democracia se legitimaram a grande maioria dos sistemas jurídicos desde o advento do século XX, ou se afirmando democráticos ou uma etapa de transição necessária à garantia da democracia. Nesse sentido, a história jurídica brasileira no século XX também não se diferenciou desse processo de legitimação, sempre alternando governos sufragados eleitoralmente autodenominados democráticos e autocracias que se diziam transitórias, mas essenciais para a construção de uma pretensa futura democracia.

É nesse sentido que entendemos que também nossa história constitucional jamais se desviou de uma enunciação jurídica explícita do estabelecimento no país da vigência da democracia, assim no preâmbulo da Constituição de 1891, de 1934 e de 1946. Mesmo em Constituições marcantemente autoritárias como a de 1937 e a de 1967, a ideia de um regime não democrático era claramente marcada por uma necessidade temporária, tendo em vista uma crise anterior (por vezes inventada), como indica o “estado de apreensão” no preâmbulo constitucional de

¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

1937, ou mesmo a suspensão de direitos políticos por atentados eventuais à “ordem democrática” prevista no art. 151 da Constituição de 1967.

Entretanto, mesmo com todos os dispositivos constitucionais, a história real dos Estados resultantes dessas Constituições teve pouca força democrática, em um país desigual e excluente. Mesmo ao se considerar somente aspectos clássicos de democracia representativa, como o sufrágio universal, cumpre lembrar o pouco impacto democrático nacional de quaisquer eleições, tendo em vista que os analfabetos, que seriam metade da população nos anos 1950 e um quarto nos anos 1980², somente conquistaram o direito ao voto em 1985 (Emenda Constitucional 25).

A percepção da distância entre a expressão normativo-constitucional e a realidade fez com que, no ocaso da ditadura militar, florescesssem nos debates de movimentos sociais e na própria Assembleia Constituinte necessidades de normatização não somente de enunciados, mas de conteúdos que pudessem permitir uma experiência democrática substancial.

É nesse ponto que, no novo preâmbulo constitucional de 1988, responsável por perpetuar a origem ideológica do texto magno³, é afirmado que a motivação maior da Assembleia Constituinte está na instituição de um “Estado Democrático”, ou seja, de mais do que um regime a ser buscado utopicamente dentro do Estado, de um qualificador desse, uma definição de um modelo concreto, cuja essência está no princípio democrático. E ao longo de todo o texto constitucional isso se confirma, na medida em que as novas teses democráticas perpassam vários dispositivos, especialmente o parágrafo único do art. 1º, enunciador de uma concepção democrática em que as instâncias de representação passarão a conviver com a participação direta: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Assim, na legalidade constitucional pós-1988, vivemos uma interpretação mais radical do princípio democrático que, sendo experimentada na vivência das emendas populares propostas pelo Regimento Interno da Assembleia Constituinte, acaba consolidando, necessariamente, instituições representativas e participativas. Ou seja, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, inspirador de nossa Constituição vigente, o princípio democrático “afastando-se das concepções restritivas de democracia”, leva, necessariamente, a uma “relação

² FERRARO, Alceu Ravanello. *História inacabada do analfabetismo no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2009.

³ A tese de que o preâmbulo das Constituições, mesmo sem ter força normativa e nem mesmo ser norma de reprodução obrigatória, é definidor ideológico da assembleia constituinte e, portanto, possui interesse interpretativo e integrativo é farta na literatura jurídica (como é exemplo KELSEN, 2000, MIRANDA, 1978 e SILVA, 2007) e é adotada de forma pacífica na jurisprudência do STF desde a improcedência da ADI 2076-5/AC, em 2002.

dialética (mas também integradora) dos dois elementos – representativo e participativo⁴.

Em suma, a Constituição de 1988 adota teorias democráticas participativas ao longo de todo o seu texto, em especial em seu artigo 1º, parágrafo único, inaugurando assim uma democracia semidireta, podendo-se interpretar a construção de um Estado Democrático de Direito disposto no texto constitucional (art. 1º, caput) conforme a Teoria Procedimentalista de Habermas assim o significa⁵.

Brevemente, a teoria habermasiana indica que a maior tarefa do Direito é a mediação da discussão pública a fim de garantir o poder comunicativo dos cidadãos. Nesse sentido, a teoria proceduralista admite um avanço civilizatório possível na substituição de antigos paradigmas jurídicos pelo Estado Democrático de Direito, esse regido pelo princípio do discurso, no qual as normas – e consequentemente as políticas públicas – necessitam da participação efetiva dos potenciais atingidos para serem legítimas e válidas. Não são mais os fins que legitimam uma escolha pública, mas especialmente os meios⁶.

É esse o sentido de todo o texto constitucional estabelecer um amálgama entre instituições democráticas representativas clássicas em torno de uma tripartição de poderes iluminista e inúmeros espaços de participação popular direta, especialmente na elaboração legislativa e na construção de políticas públicas. Tal visão é partilhada e chancelada pelo próprio STF, que assim também interpreta nosso marco constitucional, inclusive afirmando oportunidades perenes de participação popular, especialmente na administração pública (ADI 244-9/RJ, julgada em 2002⁷).

1.1 A INDIVISIBILIDADE E COMPLEMENTARIEDADE DOS DIREITOS

O último aspecto a se levantar antes de topograficamente investigarmos os espaços de participação social direta instituídos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional é a existência de

4 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 415-416.

5 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. 2 volumes. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997.

6 MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. *Democracia semidireta no Brasil pós-1988: a experiência do Orçamento Participativo*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2004.

7 Além das modalidades explícitas, mas espasmódicas, de democracia direta – o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14) – a Constituição da República aventa oportunidades tópicas de participação popular na administração pública (art. 5º, XXXVIII e LXXIII; art. 29, XII e XIII; art. 37, § 3º; art. 74, § 2º; art. 187; art. 194, parágrafo único VII; art. 204, II; art. 206, VI; art. 224)" (STF. Tribunal Pleno. ADI 244-9/RJ. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgada em 2002).

um debate acerca dos limites da participação social no tocante à natureza jurídica dos direitos em questão. Isso porque existe uma clara preferência constitucional por dispositivos que garantem participação social direta nos chamados direitos de segunda geração, especialmente localizados no Título VIII da Carta Constitucional, “Da Ordem Social”.

Há muito já se superou a ideia de que somente direitos civis e políticos seriam enunciadores de uma liberdade equânime que fundamenta o Estado Democrático de Direito e a teoria proceduralista do Direito, especialmente em países de profunda desigualdade social como o Brasil.

Deve-se entender que a garantia da liberdade pública comunicativa perpassa um inicial acesso a elementos socioeconômicos que constroem a possibilidade do debate público. Para isso, é fundamental assegurar a mediação do direito na conquista de um mínimo existencial que seja o arcabouço para o exercício de liberdades civis. É o que Amartya Sen chama de liberdades substantivas ou materiais, nas quais a eliminação de privações por meio de oportunidades sociais de educação ou saúde é a própria garantia do exercício pleno de direitos individuais⁸. Assim, elimina-se a dicotomia entre direitos civis e políticos para com os direitos sociais, inaugurando uma indivisibilidade e complementariedade de direitos, inclusive no tocante à necessidade de participação social.

Esse sentido da indivisibilidade e complementariedade de direitos, defendido na esfera do direito internacional dos direitos humanos (nesse sentido Flávia Piovesan⁹ e Antônio Augusto Cançado Trindade¹⁰) que unificou o debate sobre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais nos remete à Declaração Universal dos Direitos Humanos, ampliando a mesma para, além das liberdades individuais, os direitos sociais necessários a essas liberdades.

É inclusive no art. XXI, 1 da Declaração que temos um marco na participação social direta nas várias esferas estatais: “Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”.

Esse artigo não pode ser interpretado de forma restritiva, tendo em vista que a Declaração Universal não foi internalizada em nosso ordenamento jurídico, mas assume, quando enuncia, direitos, a característica de *jus cogens*. Inclusive, é fácil perceber que foi o mesmo fonte de inspiração para a democracia semidireta enunciada no art. 1º, parágrafo único da nossa Constituição.

⁸ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

Assim, quando o STF decidiu (na já citada ADI 244-9/RJ) pela inconstitucionalidade de instituições de participação direta em campos não previstos na CF/88 (no caso a Segurança Pública) ele não o fez por entender uma impossibilidade de participação direta em espaços estatais para além da ordem social, mas sim, por ter uma cautela de análise na criação de intervenções diretas para que, no caso concreto, não se exacerbe na contramão da noção contramajoritária do exercício de direitos individuais, fraudando espaços mínimos que garantem a integridade física, a legítima defesa ou o patrimônio mínimo (que não se confunde com direito de propriedade¹¹).

Entretanto, em momento algum podemos excluir *a priori* a participação social no estabelecimento de ações estatais na temática dos direitos individuais, não somente por essa participação ser parte histórica de nossa tradição (o Tribunal do Júri é um Conselho de Sentença com participação popular direta que define questões profundas de direitos individuais), mas especialmente pela inconstitucionalidade da desconstrução da indivisibilidade e complementariedade dos direitos.

2 TOPOGRAFIA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Mesmo a Constituição Federal de 1988 estabelecendo espaços significativos para a participação social direta em todos os campos da atuação estatal (como é exemplo o Tribunal do Júri), é na elaboração legislativa e no desenvolvimento de políticas públicas pelo Executivo que se concentram as normas-regras de democracia direta constitucional. Assim, mesmo nos concentrando nas instituições ligadas ao Poder Executivo, cumpre inicialmente destacar aspectos relevantes da participação social no Judiciário e no Legislativo a fim de comprovar a generalização da democracia semidireta no projeto constitucional.

2.1 PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário seria o mais refratário a participação social, especialmente por sua tradição em solucionar litígios de natureza individual, que somente interessariam às partes. E realmente, com a exceção do Tribunal do Júri, no qual um conselho de sentença é formado por cidadãos sorteados, as decisões judiciais que se prestam a uma eficácia relativa (somente entre as partes) não possuem nem mesmo um debate significativo sobre uma necessidade de participação social ampla. Bastaria a participação de todas as partes envolvidas, desde que seja essa participação

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

efetiva e juiz, ao representar o Estado, possa realizar uma escuta ativa das argumentações envolvidas para considerá-las, efetivamente, na fundamentação de sua sentença. É o que a literatura processualista conhece como contraditório material¹². Tal leitura do contraditório material ganha maior destaque em demandas coletivas, massificadas especialmente na Justiça do Trabalho, com a necessidade de participação ativa, nem que seja realizada via substituição processual sindical (legitimização extraordinária).

Entretanto, cabe lembrar que o Poder Judiciário já não se resume a decidir litígios de interesse individual e, ao julgar conflitos que envolvam direitos difusos e coletivos, causas que extrapolam o interesse das partes como precedentes judiciais futuramente relevante e, especialmente, na jurisdição constitucional, a massificação da participação social é um fenômeno pós-constitucional de extrema relevância.

Destacamos, nessa esfera, a ampliação da legitimização ativa para proposta de ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, CF)¹³ e, especialmente, o instituto do *amicus curiae*, figura transladada do direito norte-americano, na qual órgãos ou entidades de representatividade na sociedade civil terão o direito de se manifestar nos autos na medida da relevância da discussão. A figura do *amicus curiae* se ampliou não somente em relação aos processos sobre os quais ela poderá ser aplicada (para além do controle concentrado de constitucionalidade), mas também em seu número de atores sociais interessados e aceitos em casos paradigmáticos, o que levou o STF a realizar audiências públicas de grande repercussão (como nos casos de cotas universitárias para negros ou fornecimento de medicamentos de alto custo pelo SUS) em que se reuniam diversas entidades da sociedade civil, recebidas como *amicus curiae*, para uma ampla exposição sobre o tema sob a escuta dos ministros julgadores.

Entretanto, mesmo com o instituto já normatizado no art. 7º, § 2º da Lei 9.868/99, ainda restam caminhos a serem trilhados, em especial pelo fato da entidade postulante poder ter seu acesso ao espaço público judicial negado por mero despacho discricionário e irrecorrível do relator do processo

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo do Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹³ Na antiga representação de constitucionalidade oriunda da EC 16 de 1965, somente o Procurador-Geral da República, discricionariamente, poderia contestar a inconstitucionalidade de uma norma diretamente no STF. Essa legitimização restrita gerou uma crise entre os poderes quando, mesmo com posições divergentes entre os ministros do STF restou impossibilitado o início do debate do Decreto-Lei 1.077/1970 que normatizava a censura prévia aos meios de comunicação. O chamado “monopólio do PGR” foi suprimido já nos primeiros debates da Assembleia Constituinte, sendo que hoje, a jurisdição constitucional do STF pode ser iniciada por 9 legitimados, entre os quais, atores relevantes do processo de democratização, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (BARROSO, 2012, p. 187).

(como o caso em que o Ministro Marco Aurélio negou a possibilidade de intervenção da CNBB na ADPF 54 sobre aborto de feto anencefálico).

Inclusive, é no sentido da normatização do instituto do *amicus curiae* que a Advocacia-Geral da União poderá ser analisada como instituição prevista no art. 131 da Constituição Federal de 1988 essencial a consolidação de um Estado Democrático de Direito e ao Princípio Constitucional Democrático, na medida em que tratou de regulamentar a intervenção de quaisquer entidades federais (União, autarquias e fundações) por meio da Portaria AGU 411 de 13 de Setembro de 2012.

2.2 PODER LEGISLATIVO

O Poder Legislativo igualmente viu seu espaço de participação social ampliado pelo art. 14 da Constituição de 1988¹⁴. Resumidamente, a participação social instituída pela CF/88 na elaboração legislativa ocorre na iniciativa popular de leis, nas audiências públicas sobre temáticas relevantes e, pela espasmódica existência dos plebiscitos e referendos.

As audiências realizadas pelas comissões do Congresso Nacional, previstas no art. 58, § 2º, II da CF/88¹⁵ são espaços de grande participação da sociedade civil reproduzidos igualmente nas Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 68, § 2º, II). Mesmo com uma prática mais efetiva, os grandes debates na literatura jurídica sobre participação social permanecem na iniciativa popular, no plebiscito e no referendo (art. 14). As primeiras literaturas jurídicas pós-1988 acabaram firmando a tese de que o art. 14 enuncia normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata¹⁶, assim, mesmo antes da Lei 9.709/98 que regulamentou tais institutos, já foi efetivado um plebiscito nacional em 1993, sobre o sistema de governo (presidencialismo e parlamentarismo) e sobre a forma de exercício via república ou monarquia constitucional.

A regulamentação via Lei 9.709/98 vem sendo bastante criticada, especialmente por não favorecer a obrigatoriedade de convocação e sim limitar sua possibilidade (iniciativa pelo quórum mínimo de um terço) e dando a tais instrumentos uma característica de excepcionalidade que os tornaram, na prática, irrelevante¹⁷.

¹⁴ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

¹⁵ Art. 58, § 2º. Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: [...] II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

¹⁶ SILVA, Jose Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁷ MENDES, op. cit., 2004.

Existe um movimento atual, iniciado pelo Conselho Federal da OAB e pelo professor Fábio Konder Comparato, para reformar a regulamentação do art. 14 da CF/88, em que se inserem os plebiscitos e referendos como formas mais cotidianas na atividade legislativa nacional, em caso de privatizações, por exemplo. No entanto, o projeto está em curso no Congresso Nacional, sem previsão de aprovação.

No tocante às audiências públicas que, conforme versamos anteriormente, trata-se do instituto mais consolidado de participação democrática legislativa no Brasil, a Advocacia-Geral da União tem tido um papel de grande relevância, não somente como convidada em temas afeitos à carreira mas, especialmente, em como especialista, em razão de seus inúmeros quadros que são referências na matéria e que, regularmente, conhecem a literatura jurídica e a jurisprudência de forma mais abrangente e cotidiana devido a grande especialização típica da carreira, em especial nas consultorias jurídicas dos Ministérios. Um exemplo bem recente foi a audiência pública realizada no dia 21 de agosto de 2013 que contou com a exposição do Consultor Jurídico do Ministério do Meio Ambiente na Câmara dos Deputados, tendo em vista ser o mesmo notório especialista e doutrinador na matéria terrenos de marinha¹⁸.

2.3 CLASSIFICANDO A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO PODER EXECUTIVO

A maior relevância da democracia semidireta constitucional ocorreu, entretanto, no âmbito do Executivo ou, mais precisamente, no âmbito dos conselhos de políticas públicas propostos ou criados pelo texto da CF/88.

Há uma classificação, em torno de instrumentos participativos em políticas do Executivo, que divide as iniciativas constitucionais naquelas de caráter abrangente e outras de caráter setorial¹⁹. As de caráter abrangente seriam as voltadas ao planejamento municipal e a cooperação das associações representativas (art. 29, XII)²⁰, à política urbana como m do e seu plano diretor participativo (art. 182, § 1º)²¹, à participação de

18 O' DE ALMEIDA, José Mauro. *Terrenos de Marinha: Proteção Ambiental e as Cidades*. Belém: Paka-Tatu, 2008.

19 MENDES, op. cit., 2004.

20 Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

21 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

produtores e trabalhadores na política agrícola (art. 187)²² e à participação do usuário nos serviços públicos da Administração direta e indireta (art. 37, § 3º, modificado pela Reforma Administrativa da Emenda Constitucional 19/1998)²³. A análise pormenorizada de tal participativa não dispensa o estudo de legislação infraconstitucional, especialmente o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/00) e a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/01), como um verdadeiro bloco de constitucionalidade, que será estudado em momento posterior, inclusive com a análise da democracia semidireta em matéria orçamentária.

Primeiramente, nos remeteremos às formas de participação de caráter setorial, que, quando vistas somente as explicitamente tratadas pelo texto constitucional, podem ser assim enumeradas:

- a) Gestão Democrática e Descentralizada da Seguridade Social (art. 194, parágrafo único, VII)²⁴;
- b) Participação dos trabalhadores e empregadores em colegiados previdenciários (art. 10)²⁵;
- c) Saúde regionalizada em rede com participação da comunia(art. 198, III)²⁶;

²² Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes [...]

²³ Art. 37. § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

²⁴ Art. 194. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

²⁵ Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

²⁶ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] III - participação da comunidade.

- d) Assistência Social com participação e controle da população, por meio de organizações representativas (art. 204, II)²⁷; Gestão Democrática do Ensino Público (art. 206, VI)²⁸;
- e) Participação da Comunidade na proteção do Patrimônio Histórico e Cultural (art. 216, § 1º)²⁹
- F) Entidades não governamentais na promoção de programas de assistência à saúde da Criança e do Adolescente (art. 227, § 1º)³⁰

2.3.1 AS POLÍTICAS SETORIAIS E OS CONSELHOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO ÂMBITO DA SEGURIDADE SOCIAL

Entendendo sistematicamente as iniciativas de caráter setorial, o eixo dos conselhos criados pela CF/88 gravita em torno da Seguridade Social, não somente por ser o espaço preferencial da ordem social, mas também pela movimentação efervescente na sociedade civil pré-constituinte (especialmente a 8ª Conferência Nacional de Saúde que chegou a ser chamada Constituinte da Saúde).

Assim, a seguridade social (que se divide em saúde, previdência social e assistência social) se organizou constitucionalmente em uma gestão compartilhada e orgânica³¹. Uma gestão orgânica no sentido de participação em estruturas da administração pública, especialmente na formação de conselhos de caráter deliberativo ou consultivo.

Era esse o sentido constitucional que levou à criação da abrangente estrutura do Conselho Nacional da Seguridade Social, instituído pelo art. 6º da Lei 8.212/91, entretanto o mesmo foi extinto via Medida Provisória em 1999. Após isso, o grande eixo da ordem social constitucional, a seguridade social, somente passa a ter institutos de democracia

²⁷ Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: [...] II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

²⁸ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

²⁹ Art. 216, § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

³⁰ Art. 227. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas [...]

³¹ SILVA, Jose Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

participativa, especialmente conselhos (e posteriormente conferências) em órgãos setoriais na saúde, na assistência e na previdência.

É importante lembrar que a estruturação de todos esses conselhos se produz com novos matizes, mesmo se traduzindo em órgãos da administração, não se confundem com conselhos históricos burocráticos de simples assessoramento (como é o caso ainda do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional na CF/88). São conselhos essencialmente democráticos que buscam uma influência direta em políticas públicas, especialmente relacionadas a direitos sociais (art. 6º) e ainda traduzem um compromisso com o princípio da transparência, inclusive em serviços públicos estatais de caráter regulatório³².

Nesse ponto, é fundamental salientar a participação da Advocacia-Geral da União, como apoio jurídico a todos esses Conselhos a fim de que seu cotidiano tenha o crivo da constitucionalidade e da legalidade em seus processos decisórios, impositivo para cumprir sua eficácia como real participação e influência nas políticas públicas.

Nestes termos, no aspecto da seguridade social, ainda persistem em pleno funcionamento três conselhos de participação popular desenhados no marco constitucional de 1988: o Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS), o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e o histórico Conselho Nacional de Saúde (CNS), todos assessorados pela Advocacia-Geral da União.

O CNPS é fruto de uma das mais antigas histórias de participação social no Brasil. Desde a Lei Eloy Chaves (Decreto-Lei 4.682 de 1923) na República Velha que criou a Caixa de Assistência aos Ferroviários e os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs), os empregados que contribuíam com a sua previdência já tinham assegurada participação nas decisões dos institutos

³² A marcante desestatização do Estado brasileiro na década de 1990 apoiada em uma ideologia neoliberal, em nenhum momento significou um retrocesso jurídico estatal. Pelo contrário, significou uma menor intervenção econômica direta mas uma muito maior intervenção jurídica em que as estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas e, portanto, pessoas jurídicas de direito privado) foram substituídas por agências reguladoras (autarquias de direito público) que passam a ter o poder jurídico (mas não econômico) de intervenção nas mais importantes atividades econômicas e sociais desenvolvidas por privados. Nesse sentido, anote-se a reflexão de Paulo Lôbo: “Sob o ponto de vista do direito, especialmente do direito constitucional, no entanto, não há crise do Estado Social, pois este se revela pela ordenação e regulação da ordem econômica e social ou do poder econômico e não apenas das liberdades públicas e dos limites do poder político. No chamado Estado regulador, que para muitos teria sucedido o Estado Social, o processo de intervenção legislativa e controle estatal e social da atividade econômica, paradoxalmente, cresceu. Os serviços públicos, que antes eram prestados diretamente pelo Estado, ao serem transferidos para a iniciativa privada passaram a exigir um aumento da regulação, no interesse social, como ocorreu no Brasil” (LÔBO, 2011, p. 46-47).

criados³³. O único hiato nacional em relação a participação social previdenciária ocorreu durante a ditadura militar que, mesmo não extinguindo a participação, entreviu nas diretorias do IAPs e, posteriormente, em um arrobo autoritário e centralizador, extinguiu os institutos de pensão e criou o INPS pelo Decreto-Lei 72/1966, tornando insignificante a participação social, tendo em vista uma burocratização excessiva.

Entretanto, após o advento da CF/88, o CNPS se abre novamente a participação social previdenciária, especialmente após a Emenda Constitucional 20/1998 que insere o princípio da gestão quadripartite (trabalhadores, empregadores, aposentados e Governo) em toda a estrutura do RGPS e do RPPS Federal. Inclusive, após o Decreto 4874 de 2003, o CNPS foi descentralizado em diversos CPS (Conselhos de Previdência Social) organizados nas gerências executivas (municipais ou regionais) do INSS.

Já em relação ao CNAS, a abertura constitucional para a participação social (art. 204, II) somente se consolidou com a construção da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/93, conhecida como LOAS) e, finalmente, com sua muito debatida regulamentação realizada no Decreto 3.048/99. A sua estrutura se desenhou com um típico sistema nacional, em um conselho nacional seguindo de conselhos estaduais e municipais.

Cumpre ressaltar ainda que, no âmbito da Assistência Social, de grande significado foi a estruturação de outra instância de participação social, o Conselho de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) criado pela Lei 4.725/2011 e também estruturado como um sistema nacional.

Por fim, o mais importante, historicamente, espaço de participação social na seguridade social está no âmbito da saúde pública, onde foi consolidado o Sistema Único de Saúde com a estrutura do Conselho Nacional de Saúde (CNS). O CNS, criado pela Lei 378 em 1937, era somente mais um órgão consultivo ministerial, como as demais estruturas burocráticas chamadas conselhos que permeavam a administração pública nacional.

Entretanto, foi a partir do Decreto 93.933 de 1987, logo após a 8ª Conferência Nacional de Saúde que o CNS ganha contornos de impulsionador do SUS e, ao mesmo tempo, de inovação na esfera da participação social. Acrescente-se que, a partir da Lei 8.142/90, que regulamentou a participação da comunidade no Sistema Único de Saúde (organizado pela Lei 8.080 do mesmo ano) o CNS passa a se estruturar juridicamente como um sistema nacional formado de conselhos estaduais e municipais de saúde necessariamente paritários.

³³ Dec-Lei 4.682/23. Art. 41. A caixa de aposentadorias e pensões dos ferroviários será dirigida por um Conselho de Administração de que farão parte o superintendente ou inspector geral da respectiva empresa, dous empregados do quadro – o caixa e o pagador da mesma empresa – e amis dous empregados eleitos pelo pessoal ferroviário, de três em três anos, em reunião convocada pelo superintendente ou inspector da empresa.

O CNS, como espaço temático de deliberação da sociedade civil com paridade de membros com o governo vem se construindo inclusive, como uma vanguarda para a implementação de novas ideias em relação a conselhos de participação social, como por exemplo a eleição do Presidente do Conselho³⁴ e dos próprios membros³⁵ (respectivamente, art. 6º e art. 4º do Decreto 5.839/2006).

2.3.2 CONSELHOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL PARA ALÉM DA SEGURIDADE SOCIAL

Fora o eixo prioritário da Seguridade Social, a Constituição também criou outros espaços de participação social classificados como setoriais que resultaram na estruturação de Conselhos, especialmente na temática da educação, da cultura e da criança e adolescente, conforme já enumerado anteriormente.

Na cultura, área na qual a CF/88 foi mais tímida ao enunciar a participação social somente na proteção ao patrimônio cultural (art. 216, § 1º) a criação do Conselho Nacional de Política Cultural ocorreu somente por meio do Decreto 5.520 do ano de 2005, sob a inspiração da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005, internalizada com status de norma suprallegal pelo Decreto 6.177/07. Já na área da educação, baseado na Lei 9.394/96 (LDB), se estruturou o Conselho Nacional de Educação que inclusive conta com uma estrutura de remuneração aos conselheiros. E, por fim, na área da defesa e promoção de direitos da Criança e Adolescente, se estruturaram mais duas instâncias a partir da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), um voltado a influência em políticas e programas estatais com participação paritária, o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (organizados nacionalmente, com estruturas municipais e estaduais respectivas), e outro de caráter fiscalizador e com todos os membros eleitos pela comunidade, o Conselho Tutelar.

Importante ressaltar ainda, os Conselhos históricos na área ambiental, hoje no âmbito da estrutura organizativa do Ministério do Meio Ambiente, pelo Decreto 6.101/2007, em especial o CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) e o CGEN (Conselho de

³⁴ Art. 6º. *O Presidente do CNS será eleito, entre os conselheiros titulares, em escrutínio secreto, na reunião em que tomarem posse os novos membros, votantes somente os membros titulares.*

³⁵ Art. 4º. A escolha das entidades e dos movimentos sociais de usuários do SUS, das entidades de profissionais de saúde e da comunidade científica da área de saúde, das entidades de prestadores de serviços de saúde e das entidades empresariais com atividades na área de saúde que indicarão seus representantes para compor o CNS, será feita por meio de processo eleitoral, a ser realizado a cada três anos, contados a partir da primeira eleição.

Gestão do Patrimônio Genético), ambos contando com apoio jurídico da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente, tendo Advogados da União em presidências de Câmaras técnicas-jurídicas específicas (como é o caso da CTAJ – Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos – do CONAMA) ou mesmo com assento e voz no plenário do Conselho (no caso do CGEN).

O fato de ambos os conselhos produzirem resoluções de caráter normativo, faz imprescindível a atuação do órgão da AGU e, ainda, traz uma função de Estado para a Advocacia-Geral da União, no sentido de realizar, por vezes, o único controle de constitucionalidade e legalidade prévio desses conselhos, ajudando não somente a manter o ordenamento jurídico incólume mas, especialmente, a gerar uma real efetividade das inúmeras decisões feitas e de alcance nacional.

2.4 FORMAS DE PARTICIPAÇÃO ABRANGENTE E O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

Por fim, para analisarmos as formas de participação instituídas no texto constitucional de forma abrangente (não-setorial) de planejamento municipal e de participação dos usuários nos serviços públicos é necessário explicar o conceito de bloco de constitucionalidade que será inclusive, fundamental para entender nuances constitucionais de participação social obrigatória nas produção das leis orçamentárias.

Somente a política agrícola é que pode ser entendida sem esse aporte teórico e somente pode sê-lo porque o texto constitucional não foi completamente implementado, sendo possível inclusive invocar o caso de uma omissão inconstitucional. A efetiva participação de produtores e trabalhadores rurais na política agrícola do art. 187 da CF se resume ao Conselho Nacional de Política Agrícola (Lei 8.171/91) que, mesmo tendo representantes da sociedade civil, se resumem a uma minoria de trabalhadores (somente dois, representantes da CONTAG), já que os representantes da sociedade civil representam gigantes do agronegócio (CNA e OCB) ou são nomeados livremente pelo Ministro da Agricultura.

Brevemente, o conceito de bloco de constitucionalidade diz que a Constituição no âmbito do Estado Social e posterior a ele, não se forma por si só, mas remete a algumas estruturações normativas e institucionais que não cabem no texto constitucional. Assim, por exemplo, o art. 5º, XXXII da CF/88 enuncia a proteção ao consumidor como direito fundamental e cláusula pétrea (essência da Constituição) e o art. 170, V como princípio da ordem econômica, mas em nenhum momento indica institutos mínimos necessários a realização dessa

proteção (como a inversão do ônus da prova, a instituição dos PROCONs ou o direito de arrependimento), deixando essa tarefa para a lei ordinária (a ser elaborada em 120 dias, de acordo com o art. 48 do ADCT).

Assim, com o advento do CDC (Lei 8.078/90) que criou tais institutos míнимos, essa lei ordinária na verdade, cumpre a função de dar eficácia a preceitos constitucionais³⁶ e, assim teriam consequências típicas de normas constitucionais, especialmente em ser parâmetro de controle de constitucionalidade de leis futuras que revogassem suas disposições a fim de abolir ou reduzir normas constitucionais, nesse modo, vigoraria o princípio da vedação do retrocesso³⁷ em que uma norma posterior não pode retroceder em matéria de direitos fundamentais que constituem cláusulas pétreas constitucionais.

A base jurídica para a defesa da ideia do bloco de constitucionalidade no Brasil está no próprio texto do art. 5º, § 2º da CF/88 que nos mostra uma visão abrangente do que seriam direitos fundamentais constitucionais, incluindo direitos decorrentes, mesmo que fora da chamada constituição formal³⁸. Essa visão já foi inclusiva ventilada no Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.588/DF, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello³⁹, invocando a ideia de ordem global constitucional.

No tocante a temática de participação social, é fundamental reconhecer a característica de bloco de constitucionalidade ao Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/00) e a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/01), que abrem novas possibilidades de participação social não somente possíveis pelo art. 1º, parágrafo único da CF/88, como possuem o objetivo de garantir eficácia à imposição constitucional de participação no planejamento municipal (art. 29, XII) como dos usuários nos serviços públicos da Administração direta e indireta (art. 37, § 3º).

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2011.

³⁸ Art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁹ “É por tal motivo que os tratadistas [...] em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê – para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição Formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global.” (ADI 1588/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 11/04/2002. Publicado no DJ em 17/04/2002).

Em relação à participação dos usuários nos serviços públicos, são múltiplas as possibilidades abertas pelo texto constitucional, especialmente nos incisos do art. 37, §3º. Em relação a representação contra o exercício negligente ou abusivo na administração se apresentou a possibilidade de ação popular por qualquer cidadão e, inclusive, a ação civil pública por associações da sociedade civil. No tocante a reclamações, serviços de atendimento ao usuário e avaliação periódica, a criação de ouvidorias em diversos planos, como mais um elemento fundamental de influência popular no governo, foi ampliada a partir da criação de um Sistema Nacional de Avaliação da Satisfação do Usuário dos Serviços Públicos pelo Decreto 3507 de 2000.

Já em relação ao acesso à informação (inciso III do art.37, § 3º), recente debate culminou na edição da Lei 12.527/2011 que pode ser considerada bloco de constitucionalidade com inclusive a característica de vedação do retrocesso. A lei conhecida como Lei de Acesso à Informação ainda está sendo implementada como um novo marco legal nos diversos entes da federação, mas já trouxe a novidade de um amplo acesso a dados antes indisponíveis ou difíceis ao cidadão comum e às organizações na busca por transparéncia nos serviços públicos. O próprio Distrito Federal já está produzindo um marco distrital, nos moldes da lei federal.

Em relação ao Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) temos ainda mais importância em considerá-lo na ordem constitucional global como consolidação da democracia participativa constitucional, especialmente pela criação de instrumentos urbanísticos como o Plano Diretor Participativo, precedido necessariamente de audiências públicas e obrigatório a cidades com mais de 200 mil habitantes.

Entretanto, o Estatuto da Cidade não se resume ao Plano Diretor participativo, trazendo ainda órgãos colegiados de política urbana, audiências e conferências no tocante ao interesse urbano (art. 43⁴⁰). Inclusive, o Estatuto da Cidade traz ainda a gestão orçamentária participativa no art. 4º, “f”, indicando a necessidade de consultas públicas para a realização das diversas leis orçamentárias, estava nesse ponto abrindo espaço para as iniciativas de orçamento participativo que foram consolidadas normativamente na Lei Complementar 101/00.

2.4.1 ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

Por fim, salientemos a necessidade de incorporar como ordem constitucional global também a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC

⁴⁰ Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; II – debates, audiências e consultas públicas; III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal.

101/00) que incorpora uma conquista não prevista expressamente no texto constitucional, mas que se tornou um ganho da sociedade brasileira e uma interpretação feita pela mesma do art. 1º, parágrafo único da CF/88: a necessidade de construção de um orçamento participativo.

A CF/88 traz somente a previsão no seu art. 163, I da necessidade de lei complementar para uma disposição abrangente sobre as finanças públicas. Assim, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 48, parágrafo único, I e II⁴¹ normatiza a participação popular no processo de elaboração de leis orçamentárias que se consolidou em várias cidades do país, a partir da experiência do município de Porto Alegre, com o nome de Orçamento Participativo. Inclusive é exaustiva a norma ao acrescentar à participação popular a necessidade de liberação de informações pormenorizadas ao público, inclusive por meios eletrônicos.

Assim, pelo advento da LC 101/00 passamos a reconhecer que uma correta interpretação do art. 1º, parágrafo único da CF/88 perpassa a necessidade de participação social na realização da proposta orçamentária, entretanto, devemos lembrar que os orçamentos participativos municipais e estaduais já realizados encontraram, quando passaram por um processo de normatização, já que inicialmente eram guiados por regimentos internos elaborados pela própria comunidade⁴², alguns problemas judiciais.

Tais obstáculos são, na verdade, um debate sobre a competência para a elaboração da proposta orçamentária que, pelo texto Constitucional é exclusiva do Poder Executivo (iniciativa privativa do orçamento pelo art. 61, II, "b") sendo inclusive entendido, antes do advento da LC 101/00, como inconstitucional norma que obrigasse a participação popular na proposta orçamentária no âmbito do controle de constitucionalidade realizado pelo TJRS⁴³.

O debate sobre a constitucionalidade de um orçamento participativo chegou, quando foi o mesmo implementado no âmbito estadual, ao STF, na ADI 2217/RS⁴⁴, especialmente ao normatizar a possibilidade de decisões dos Conselhos Regionais de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul (COREDES) possuírem caráter vinculante.

⁴¹ Art. 48. Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público.

⁴² MENDES, op. cit., 2004. p. 184.

⁴³ "Compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo com o auxílio dos seus secretários a elaboração da lei de orçamento" (ADI 597024447, TJRS, julgado em 25/08/1997).

⁴⁴ Em sede de Medida Cautelar, o STF, por maioria, suspendeu a eficácia da Lei Gaúcha 11.451/00 no curso da ADI 2217-2/RS, entretanto o mérito da ação, até hoje, não foi julgado pelo STF.

É esse debate fundamental: a possibilidade constitucional de vincular propostas realizadas pela população a obrigatoriedade inclusão pelo Executivo em leis orçamentárias. Cumpre motivar que, uma vinculação desse tipo tenderia a ser declarada inconstitucional (segundo a decisão cautelar da ADI 2217/RS e não encontrando o caráter vinculante em nenhuma das legislações citadas como bloco de constitucionalidade), devendo ser as propostas populares entendida como meros subsídios à Administração.

Entretanto, a literatura jurídica afirma a necessidade de se valorar tais contribuições como deliberações populares legítimas⁴⁵, já que feitas inclusive por meio de atos administrativos completos (audiências e plenárias do orçamento participativo). Assim, poderiam tais decisões ter a natureza jurídica de expectativas de direito que poderiam ser afastadas pela administração, mas somente por ato juridicamente motivado no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, fora disso não há como o Executivo desconsiderá-las⁴⁶.

Inclusive, pelo art. 1º, VI da Lei 7347/85 (acrescido pelo Estatuto da Cidade), seria possível o ajuizamento de ação civil pública por dano à ordem urbanística, tendo em vista a condição obrigatoria de audiências e consultas sobre propostas do PPA, LDO e LOA no município (art. 44 da Lei 10.257/01).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto teve o escopo de apresentar o princípio democrático previsto na CF/88 e seu histórico de construção. Histórico de construção esse que não permeia somente o princípio democrático, mas o próprio caminhar do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Ao mesmo tempo, o artigo buscou também inserir a Advocacia-geral da União nesse contexto, como Advocacia de Estado que, além de autar nos espaços de participação social junto ao Judiciário (*amicus curiae*) ou mesmo ao Legislativo (participação em audiências públicas), tem o seu foco no Poder Executivo, local no qual o texto constitucional concentrou as maiores formas de participação social/democracia direta. Nesse compasso, a Advocacia-geral da União é imprescindível na assessoria a esses Conselhos de Participação Social

⁴⁵ MENDES, op. cit., p. 284.

⁴⁶ LIMA LOPES, José Reinaldo. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

que, em sua maioria, possuem um caráter deliberativo-normativo e assim, tem na AGU (que os assessoram juridicamente também) o seu alicerce de legalidade e constitucionalidade e, por consequência, uma instituição imprescindível a sua eficácia bem como, a eficácia da democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Mauro O' de Almeida. *Terrenos de Marinha: Proteção Ambiental e as Cidades*. Belém: Paka-Tatu, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERRARO, Alceu Ravanello. *História inacabada do analfabetismo no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. 2 volumes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LIMA LOPES, José Reinaldo. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo do Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. *Democracia semidireta no Brasil pós-1988: a experiência do Orçamento Participativo*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2004.

MIRANDA, Jorge (org.). *Estudos sobre a Constituição*. 2 volumes. Lisboa: Livraria Petrony, 1977.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Jose Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

A NOMEAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS: BREVE ENSAIO SOBRE A EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – TEORIAS DA EXPECTATIVA DE DIREITO E DO DIREITO SUBJETIVO

*THE APPOINTMENT OF PUBLIC PROCUREMENT: A BRIEF ESSAY
ON THE EVOLUTION OF THE THEME IN THE JURISPRUDENCE
OF HIGHER COURTS - THEORIES OF EXPECTATION OF LAW AND
SUBJECTIVE RIGHTS*

Juliane Almudi de Freitas

*Advogada da União lotada na Procuradoria Regional da União da 1ª Região, na
Coordenação Trabalhista (COTRAB)
Especializada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Concurso público: uma exigência constitucional; 2 A teoria da mera expectativa de direito; 3 A teoria do direito subjetivo; 4 O candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas; 5 O entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: legalidade do edital que prevê a possibilidade de não serem preenchidas todas as vagas oferecidas; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho visa avaliar como a jurisprudência dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) tem se posicionado acerca das nomeações em concursos públicos. Tratará, inicialmente, em que consiste a exigência de concurso público. Analisará a teoria da expectativa de direito dos candidatos, passando, posteriormente à análise da teoria do direito subjetivo, explicitando, inclusive, as suas exceções. Abordará, ainda, o desenvolvimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 598.099/MS, que pacificou o entendimento acerca do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas. Exporá, ademais, o entendimento da Segunda Turma do referido Tribunal, no sentido de ser válida a previsão no edital do concurso de que os aprovados dentro do número de vagas poderão não ser nomeados.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Isonomia. Concurso Público. Nomeação. Expectativa de Direito. Direito Subjetivo.

ABSTRACT: This study aims to evaluate the case law of the Superior Courts (Supreme Court and Superior Court) has positioned itself about the appointments in public tenders. Treat, initially, what is the requirement for public concourse. Examine the expectancy theory of right candidates, passing, after the analysis of the theory of subjective rights, explaining even its exceptions. Address also the development of the jurisprudence of the Supreme Court from the judgment of Extraordinary Appeal. 598.099/MS, which pacified the understanding of the subjective right to the appointment of suitable candidates within the number of vacancies offered. It will expose moreover, the understanding of the Second Chamber of the Court referred to in order to be valid in the forecast call announcement that the approved within the number of vacancies may not be appointed.

KEYWORDS: Principle of Equality. Public Concourse. Appointment. Expectation of Right. Subjective Right.

INTRODUÇÃO

O tema concursos públicos, de matriz constitucional e administrativa, tem suscitado muitas discussões.

Neste sentido, os precedentes jurisprudenciais passaram a ter forte influência na discussão do tema, principalmente para assegurar os direitos daqueles que trilham o árduo caminho dos concursos públicos.

A questão da nomeação é assunto que vem sendo lapidado pela jurisprudência, especialmente dos Tribunais Superiores, de modo a proteger a parte mais vulnerável nessa relação, qual seja, os candidatos aprovados. Porém, como se demonstrará, não faltam decisões em sentido diverso.

1 CONCURSO PÚBLICO: UMA EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL

Em seu artigo 37, inciso II, a Constituição Federal prevê que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

O concurso público, segundo a doutrina:¹

É o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos. O concurso público descende do princípio republicano e visa garantir o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I, da Constituição Federal), decorrência direta do princípio da igualdade. Privilegia, ainda, o princípio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e nepotismo. Favorece, também, o princípio da eficiência e o aperfeiçoamento do serviço público.

A exigência de prévia aprovação em concurso público alcança o provimento de cargos públicos e a contratação de servidores pelo regime

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 595.

trabalhista, na administração direta e indireta. Não abrange, todavia, a nomeação para cargos em comissão (art. 37, II, da Constituição Federal), ou seja, aqueles de livre nomeação e exoneração, nem a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição Federal). As funções de confiança (direção, chefia e assessoramento) não demandam concurso público, pois são acessíveis aos servidores da carreira (art. 37, V, da Constituição Federal).

O concurso público deve ser realizado através de provas ou de provas e títulos, e poderá estabelecer requisitos que respeitem a natureza das atividades a serem desempenhadas.

O concurso tem validade por até dois anos, prorrogável por igual período uma única vez (art. 37, III, da Constituição Federal). A prorrogação do concurso constitui ato discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

A propósito:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.
ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. 1. DECADÊNCIA.
2. CANDIDATO APROVADO ALÉM DO NÚMERO DE
VAGAS PREVISTOS EM EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO
SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 3. DISCUSSÃO SOBRE O PRAZO
DE VALIDADE E SOBRE A PRORROGAÇÃO DO CONCURSO.
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. 4. NÃO
OCORÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DE ABUSIVIDADE DO
ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME
PELO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. RECURSO
ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE
NEGA PROVIMENTO.

(STF, RMS 28911, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 13/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 03-12-2012 PUBLIC 04-12-2012)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO
PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO
NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS PELO EDITAL.
EXPECTATIVA DE DIREITO. REMOÇÃO DE SERVIDOR
PARA OUTRA LOCALIDADE. VACÂNCIA DO CARGO
NÃO CARACTERIZADA. PRORROGAÇÃO DO PRAZO
DE VALIDADE DO CERTAME. ATO DISCRICIONÁRIO.
INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por Carlos Eduardo Dias de Almeida com o objetivo de assegurar direito à nomeação para o cargo de Técnico-Judiciário do Estado de Rondônia, no qual foi aprovado na 11^a posição, isto é, fora do número das vagas inicialmente previstas (oito vagas) para a Comarca de Presidente Médici, cidade para a qual concorreu.
2. O agravante alega que possui direito subjetivo à nomeação, porquanto ocorreu a remoção da servidora Aline Silva Ribeiro de Moraes, 9^a colocada, para outra localidade (Vilhena/RO), surgindo assim vaga na localidade de Presidente Médici.
3. A jurisprudência do STJ firmou que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital tem direito líquido e certo à nomeação. Durante o período de validade do certame, compete à Administração, atuando com discricionariedade, nomear os candidatos aprovados de acordo com sua conveniência e oportunidade.
4. Esse entendimento (poder discricionário da Administração para nomear candidatos aprovados no certame durante sua validade) é limitado na hipótese de haver contratação precária de terceiros para o exercício dos cargos vagos e ainda existirem candidatos aprovados no concurso. Nessas situações, a expectativa de direito destes seria convolada, de imediato, em direito subjetivo à nomeação.
5. Tal direito também se manifesta quando, durante o prazo de validade do concurso, demonstrado o interesse da Administração Pública, surgirem novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento, seja pela realização de novo concurso público dentro do prazo de vigência do certame anterior.
6. Não caracteriza “vacância de cargo” para fins de provimento pelos aprovados em concurso público a simples remoção de um servidor para outra comarca.
7. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a prorrogação do prazo de validade do concurso público é faculdade outorgada à Administração, exercida segundo critérios de conveniência e

oportunidade, os quais não estão suscetíveis de exame pelo Poder Judiciário.

8. Agravo Regimental não provido.” (grifo nosso)
(STJ, Segunda Turma, AgRg no RMS 39.748/RO, Ministro Herman Benjamin, data do julgamento 04/04/2013, data da publicação 10/05/2013)

A Lei Maior assevera, ainda, que durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira (art. 37, IV, Constituição Federal).

Por fim, a abertura de um concurso público se dá através da publicação de um edital, que traça previamente as “regras do jogo”, para conhecimento de todos.

2 A TEORIA DA MERA EXPECTATIVA DE DIREITO

Por muito tempo, a doutrina e jurisprudência pátria consagraram o brocardo de que a aprovação em concurso público, mesmo que dentro do número de vagas ofertadas, gerava “mera expectativa de direito”.

Essa ideia desenvolveu-se pautada no fato de a nomeação ato discricionário da Administração Pública, isto é, sujeito à existência de oportunidade e conveniência para a sua prática.

Como exemplo, cita-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“A aprovação em concurso não gera direito à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. Esse direito somente surgirá se for nomeado candidato não aprovado no concurso ou se houver o preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado.”

(MS 21.870, Rel. Min. *Carlos Velloso*, julgamento em 7-10-1994, Plenário, DJ de 19-12-1994.) No mesmo sentido: AI 452.831-AgR, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, julgamento em 15-2-2005, Primeira Turma, DJ de 11-3-2005; RE 421.938, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, julgamento em 9-5-2006, Primeira Turma, DJ de 2-2-2006. Vide: AI 777.644-AgR, Rel. Min. *Eros Grau*, julgamento em 20-4-2010, Segunda Turma, DJE de 14-5-2010.

Nesse diapasão, existia, até pouco tempo, consenso apenas de que o candidato aprovado em concurso público teria direito à nomeação nas hipóteses seguintes:

- a) Preterida a ordem de classificação (Súmula 15 STF: “Dentro do prazo de validade do concurso , o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.”); e
- b) Afrontado o direito de prioridade sobre os aprovados em concurso posterior, conforme preceitua o artigo 37, IV, da Constituição Federal.

3 A TEORIA DO DIREITO SUBJETIVO

A jurisprudência evoluiu para considerar que a mera expectativa de direito à nomeação convola-se em direito subjetivo.

Na realidade, as mudanças começaram a surgir primeiro no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e depois no Excelso Pretório. Nesses julgados sempre se fazia presente alguma peculiaridade, mormente uma arbitrariedade praticada pela Administração Pública direcionada a frustrar o direito dos candidatos aprovados dentro das vagas oferecidas no edital.

Porém, ainda assim não era possível afirmar que a jurisprudência havia se modificado totalmente, para consagrar de vez a existência de um direito subjetivo à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas ofertadas.

Em 10 de agosto de 2011, a questão foi pacificada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. Por unanimidade, a Corte decidiu, *com repercussão geral*, que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas indicado no edital possui o direito subjetivo de ser nomeado, durante o prazo de validade do certame. Trata-se do Recurso Extraordinário n. 598.099/MS, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que o Supremo Tribunal Federal discutiu o tema (Tribunal Pleno, julgado em 10/8/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30/9/2011 PUBLIC 3/10/2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314).

No aludido recurso excepcional, o Estado de Mato Grosso do Sul sustentou violação aos artigos 5º, inciso LXIX, e 37, *caput* e inciso IV, da Constituição Federal. Argumentou em favor da inexistência de qualquer direito líquido e certo à nomeação dos aprovados. Alegou, ainda, que

em face da autonomia da administração pública, há discricionariedade para aferir a real necessidade de nomeação de candidatos aprovados em concurso público.

Porém, a Excelsa Corte não acolheu esses argumentos. Reconheceu que devido aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, a Administração Pública encontra-se vinculada ao número de vagas previstas no edital.

De acordo com o Ministro Relator, a administração poderá escolher, dentro do prazo de validade do concurso e de sua prorrogação, o momento no qual se realizará a nomeação. Assim, ela não é obrigada a nomear imediatamente, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação.

O Supremo Tribunal Federal consagrou, ainda, que a não observância desse dever de nomear somente pode ocorrer *em situações excepcionais*, provocadas por circunstâncias supervenientes à publicação do edital. Neste caso, a Administração deverá fundamentar devidamente o ato, expondo as razões que a levaram a tanto. Tal ato, como não poderia deixar de ser, está sujeito à análise do Judiciário, que se provocado, verificará se os motivos apontados são ou não válidos.

Conforme se extrai da ementa do julgado, essas situações excepcionais são as seguintes:

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL.
CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL.
DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS.**

**I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO
DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL.**

Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

**II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA
JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA.**

O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO.

Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a

Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO.

Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

V NEGADOPROVIMENTOAORECURSOEXTRAORDINÁRIO.”
(grifo nosso)

Ao decidir o tema com repercussão geral – instrumento processual inserido na Constituição Federal com a Emenda Constitucional 45/04 –, o entendimento firmado pelo Supremo passou a ser adotado por outros Tribunais.

4 O CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS

Levando-se em consideração o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 598.099/MS, *a priori*, o candidato aprovado além do número de vagas ofertadas não tem direito subjetivo à

nomeação, ainda que surjam ou sejam criadas vagas durante o prazo de validade do concurso. Assim, o fato de terem sido criados novos cargos enquanto ainda vigente o concurso não obriga, por si só, a Administração a nomear o candidato aprovado fora do número de vagas.

No entanto, analisando-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que alguns candidatos aprovados além da quantidade de vagas ofertadas têm conseguido assumir cargos e empregos públicos quando verificadas as seguintes condições: a) o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso; e b) a demonstração de existência de interesse da Administração Pública.

Como exemplo desses casos, pode-se mencionar a contratação de forma precária para preenchimento das mesmas vagas ofertadas no concurso público. Tal ato demonstra a existência de vagas e a necessidade de preenchê-las, providência que deve se aperfeiçoar por meio da nomeação dos aprovados, que não podem ser preteridos.

O precedente do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito ilustra bem a referida hipótese:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO EM PRIMEIRO LUGAR. CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.

1. A expectativa de direito à nomeação se transforma em direito subjetivo com relação aos candidatos aprovados dentro das vagas previstas no edital se, ainda no prazo de validade do concurso público, há contratação precária para o exercício dos cargos em disputa. Precedentes.

2. Hipótese em que o próprio recorrente firmou contrato de trabalho por tempo determinado, que foi objeto de renovação, para exercer as funções do cargo de Médico, com especialidade em Cirurgia Pediátrica, para o qual prestou concurso público e foi aprovado em primeiro lugar, demonstrando a necessidade de preenchimento de vaga.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, Sexta Turma, AgRg no RMS 19.952/SC, Relator Ministro Og Fernandes, data do julgamento 18/04/2013, data da publicação DJe 29/04/2013)

Neste sentido, convém destacar o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Nomeação de servidores temporários. Preterição de candidata aprovada em concurso vigente. Direito à nomeação. Precedentes.

1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que, havendo aprovados em concurso público ainda vigente, configura preterição na ordem de nomeação a contratação temporária de pessoal para o exercício das atribuições destinadas aos aprovados no certame.

2. Agravo regimental não provido.”

(ARE 659921 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 08-08-2013 PUBLIC 09-08-2013)

Outro exemplo é a utilização de servidores requisitados de outros órgãos para desempenhar as funções dos candidatos aprovados que, através do concurso público, foram declarados aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

Também deve ser mencionada a reabertura de novo concurso, em curto prazo, para preenchimento dos cargos que haviam sido ofertados no certame anterior, mas acabaram não sendo preenchidos.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ESCREVENTE TÉCNICO JUDICIÁRIO. HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO FINAL. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PUBLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. ABERTURA DE NOVO CONCURSO NO ÚLTIMO DIA DE VALIDADE. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

1. O ato de homologação do resultado final do concurso público só produz efeitos a partir de sua publicação; data a partir do qual se inicia o prazo de validade do certame.

2. Nos termos do art. 37, IV, da Constituição Federal, a abertura de novo concurso, enquanto vigente a validade do certame anterior, confere direito líquido e certo a eventuais candidatos cuja

classificação seja alcançada pela divulgação das novas vagas. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no RMS 30.310/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 19/10/2012; REsp 1108772/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 30/05/2012.

3. No caso, o resultado final do certame fora homologado em 23 de março de 2005, ato cuja publicação se deu em 30 de março de 2005; assim, a abertura de novo certame, em 30 de março de 2007, para preenchimento de mais 3 vagas para o mesmo cargo, na mesma circunscrição judiciária, confere direito líquido e certo à impetrante de ser nomeada, por quanto, classificada na 144^a posição, a última convocação alcançou até o 141º classificado.

4. Recurso ordinário provido.

(STJ, Primeira Turma, RMS 33.719/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 12/06/2013)

Todas essas situações ilustram a necessidade de preenchimento dos cargos, bem como o interesse público em ocupá-los.

5 O ENTENDIMENTO DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A LEGALIDADE DO EDITAL QUE PREVÊ A POSSIBILIDADE DE NÃO SEREM PREENCHIDAS TODAS AS VAGAS OFERECIDAS

O entendimento que atualmente prevalecesse no âmbito dos Tribunais Superiores é no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas possui direito subjetivo de ser nomeado e empossado no período de validade do certame.

Porém, recentemente, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o candidato aprovado dentro do número de vagas não tem direito líquido e certo à nomeação quando o edital contiver a previsão de possibilidade dos candidatos aprovados serem convocados em número inferior ao das vagas oferecidas no certame, conforme a disponibilidade orçamentária existente.

Tal entendimento foi firmado no Recurso em Mandado de Segurança 37249/SP, da relatoria Ministro Castro Meira, e que foi julgado em 9 de abril de 2013.

Na verdade, o órgão fracionário admoestou ser possível que as nomeações sejam condicionadas à necessidade do serviço, disponibilidade financeira e orçamentária e existência de cargos

vagos. Portanto, o edital deve prevalecer, em atenção aos princípios da vinculação ao edital e da discricionariedade da Administração Pública.

Eis a ementa do acórdão:

ADMINISTRATIVO. APROVAÇÃO DE CANDIDATA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO. SITUAÇÃO PECULIAR. PREVISÃO EDITALÍCIA DE POSSIBILIDADE DE PROVIMENTO INFERIOR AO NÚMERO DE VAGAS.

1. O candidato aprovado em concurso público dentro das vagas previstas tem direito líquido e certo à nomeação. Precedentes.
2. No presente caso, o edital condiciona as nomeações à necessidade do serviço, disponibilidade financeira e orçamentária e existência de cargos vagos, não vinculando a Administração à nomeação de número determinado de candidatos.
3. Dessa forma, deve prevalecer o estabelecido no instrumento convocatório, em atenção aos princípios da vinculação ao edital e da discricionariedade da Administração Pública.
4. Recurso ordinário não provido.

(RMS 37249/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 09/04/2013)

Desse modo, de acordo com a Segunda Turma do Tribunal da Cidadania, é válida a previsão no edital do concurso de que os aprovados dentro do número de vagas poderão não ser nomeados.

Con quanto se trate de posicionamento isolado no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, é necessário torcer para que este não prevaleça. Caso contrário, significará um grande retrocesso na proteção aos direitos dos candidatos, com o retorno da teoria da mera expectativa de direito.

6 CONCLUSÃO

Assim, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública deve respeitar as regras do edital do

concurso, inclusive em relação à previsão de vagas que necessitam ser preenchidas, em homenagem aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

É verdade que o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital tem direito subjetivo à nomeação no prazo de validade do certame. A Administração Pública, entretanto, possui discricionariedade para escolher a melhor oportunidade e conveniência para realizar as nomeações dentro do período de validade do concurso previsto no edital.

No entanto, não é raro ver editais de concursos visando afastar os direitos dos candidatos. Exemplos comuns dessa prática são os editais com a previsão de cadastro de reserva ou, até mesmo, do cadastro de reserva limitado ou numerado. Agora, também há aqueles que trazem a faculdade da Administração Pública preencher todas as vagas ofertadas no certame, como aquele que foi declarado válido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Vale destacar que há um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional visando afastar a consagração da teoria do direito subjetivo, por meio da previsão expressa de que o candidato aprovado teria mera expectativa de direito.

Infelizmente, alguns setores da Administração Pública ainda relutam em assegurar o direito à nomeação aos aprovados. A questão é tormentosa e reclama regulamentação legal, a fim de trazer um pouco mais de previsibilidade para aqueles que se dedicam a ingressar nos quadros da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 20. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 36. ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados: Câmara, 2012.

BRASIL, STF, RMS 28911, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 13/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 03-12-2012 PUBLIC 04-12-2012.

BRASIL, STF, MS 21.870, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julgamento em 7/10/1994, Plenário, DJ de 19-12-1994.

BRASIL, STF, RE 598.099/MS, julgado em 10/8/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30/9/2011 PUBLIC 3/10/2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314.

BRASIL, STF, ARE 659921 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 08-08-2013 PUBLIC 09-08-2013.

BRASIL, STJ, Segunda Turma, AgRg no RMS 39.748/RO, Ministro Herman Benjamin, data do julgamento 04/04/2013, data da publicação 10/05/2013.

BRASIL, STJ, Sexta Turma, AgRg no RMS 19.952/SC, Relator Ministro Og Fernandes, data do julgamento 18/04/2013, data da publicação DJe 29/04/2013.

BRASIL, STJ, Primeira Turma, RMS 33.719/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 12/06/2013.

BRSIL, STJ, Segunda Turma, RMS 37249/SP, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 09/04/2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito administrativo*. 11. ed. Reformada. São Paulo: Saraiva, 2010.

A FAZENDA PÚBLICA E AS ESPECIFICIDADES DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

*THE PUBLIC TREASURY AND THE ENFORCEMENT PROCEEDINGS IN
THE LABOR PROCESS*

Laura Fernandes de Lima Lira
Advogada da União

SUMÁRIO: 1 A Execução em geral; 2 A execução no processo do trabalho; 3 A execução contra a Fazenda Pública; 4 Os precatórios; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A execução tem cada dia mais ganhado destaque nos estudos dos processualistas, pois não basta determinar que o autor possui o direito, é necessário que esse direito lhe seja entregue. A celeridade, a efetividade são os nortes do novo processo/fase de execução. Nesse contexto a execução trabalhista apresenta peculiaridades, todavia no que concerne à execução contra a Fazenda Pública é o processo comum que a regula, em razão da particularidade do regime de precatórios.

1 A EXECUÇÃO EM GERAL

O processo de conhecimento é o meio pelo qual se define o direito do autor, dessa forma fica estabelecido se o indivíduo possui ou não o direito pretendido.

Ocorre que, uma vez reconhecido o direito começa uma nova fase que é a busca pela tutela satisfativa do autor. É muito comum a expressão na justiça do “ganhou mas não levou!”.

Tentando garantir que aquele que teve seu direito garantido em um provimento jurisdicional efetivamente receba o que lhe foi determinado, que surge a chamada fase de execução ou processo de execução.

Há doutrinadores que afirmam existir um direito fundamental à tutela executiva¹. Asseveram que há que se dar uma interpretação ao processo sob a luz da Constituição, mas não só sob o prisma da Constituição, mas também sob o ângulo dos direitos fundamentais.²

O direito fundamental à tutela executiva decorreria do devido processo legal, uma cláusula aberta, e seria o direito a um acesso à ordem jurídica eficaz.

Assim, apesar de a execução ter um caráter eminentemente patrimonial, pois o devedor responde para cumprimento de suas obrigações com seus bens, presentes e futuros (art. 591, do CPC), essa não deve ser a sua principal característica.

A satisfação, a celeridade e a prestação adequada deve nortear o processo de execução. Assim, aquele que possui um título executivo judicial ou tem um título executivo extrajudicial deve buscar o processo ou fase de execução a fim de ter a satisfação de seu direito.

¹ DIDIER, Fredie. Disponível em: <<http://www.didiersodrerosa.com.br/artigos/Fredie%20Didier%20Jr.%20-%20Esbo%C3%A7o%20de%20uma%20teoria%20da%20execu%C3%A7%C3%A3o%20civil.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

² Ibidem

A sentença não voluntariamente adimplida dá ensejo a uma atividade jurisdicional destinada à satisfação da obrigação consagrada no título e a essa atividade que se chama execução forçada.³

O Código de Processo Civil, ante a crise da satisfatibilidade, tentando evitar o chavão “ganhou mas não levou”, passou por uma reforma processual, que deu uma maior ênfase aos princípios da efetividade e da celeridade ao processo executivo.

Ao contrário do que ocorreu no processo civilista, a CLT não passou pela reforma processual no processo de execução, tentando se dar uma maior efetividade ao processo executivo.

Tal fato pode ter decorrido em razão de o processo do trabalho já ter um procedimento diferenciado para a execução, mas a doutrina não é uníssima em relação à falta de reforma da execução no processo trabalhista.

Alguns autores afirmam que “Deve caminhar o processo do trabalho atual para a simplificação da execução, a fim de que esta seja uma fase processual de satisfação do crédito do credor trabalhista e de efetividade dos direitos sociais”⁴.

No processo comum, existem duas possibilidades de execução: o processo de execução (Livro II, do CPC) e a fase de execução, conhecida como fase de cumprimento de sentença. (Capítulo X, do CPC).

Dessa forma, se reconhece no processo civil a existência da execução como fase de procedimento e como processo autônomo.

Na doutrina trabalhista existe uma divergência sobre o fato de ser o processo de execução um processo autônomo ou uma fase do procedimento.⁵

Ainda existem vozes de que se trata de um processo autônomo. Por isso, os doutrinadores trabalhistas buscam que se faça uma reforma do processo de trabalho de modo que assim como já ocorre no processo civil, a execução deixe de ser um processo autônomo e passe a ser uma fase, sem que se abra brechas para discussões.

2 A EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

No processo do trabalho a execução corre de forma mais ágil, sendo o juiz o seu grande promovedor, este passa a ter um papel ativo, uma vez que dá início ao processo de execução.

³ SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito processual do trabalho*. 4. ed. 2011. p. 869.

⁴ Ibid, p. 868.

⁵ Ibid. p. 875.

São os artigos 876 a 892, da CLT que disciplinam a execução no processo do trabalho. Ao analisar tais artigos, observa-se que, com uma intensidade maior do que no processo comum, são aplicados os princípios da celeridade, simplicidade e efetividade do procedimento.

Isso pode ser destacado pelo fato de que para os títulos executivos judiciais, inicia-se a fase de execução mediante o despacho do juiz para que o autor apresente os cálculos de liquidação e a partir daí, a própria vara promove de ofício os atos executivos. Esse processamento da execução trabalhista faz com que o processo seja mais célere e mais efetivo para o exequente.

Assim, parece correta a posição que afirma que, nas hipóteses de título executivo judicial, o que há no processo trabalhista é uma fase de execução, e não um processo autônomo de execução.⁶

O Código de Processo Civil traz uma lista de títulos executivos judiciais em seu art. 475-N, sendo esse rol taxativo, *in verbis*:

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (*Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005*)

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; (*Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005*)

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; (*Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005*)

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; (*Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005*)

IV – a sentença arbitral; (*Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005*)

V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; (*Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005*)

VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; (*Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005*)

⁶ SCHIAVI, op. cit., p.875.

VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal. (*Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005*)

Já no processo do trabalho são outros os considerados títulos executivos judiciais. São eles: as sentenças transitadas em julgado; sentenças pendentes de recurso, recebido apenas no efeito devolutivo; acordos homologados pela justiça do trabalho e não cumpridos; termos de ajustamento de conduta firmados com o Ministério Público, e termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação prévia. Esses títulos executivos judiciais estão expressamente previstos no art. 876, da CLT:

Art. 876 - As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executada pela forma estabelecida neste Capítulo.

Com o aumento das competências da Justiça do Trabalho, entabulada pela EC 45/2004, existe uma discussão sobre a possibilidade de existirem outros títulos executivos judiciais, além dos citados no art. 876, da CLT, mas previstos no CPC⁷.

Existem os que afirmam que só existem os previstos expressamente pela CLT, e os que consideram outros, aplicando-se o CPC supletivamente.

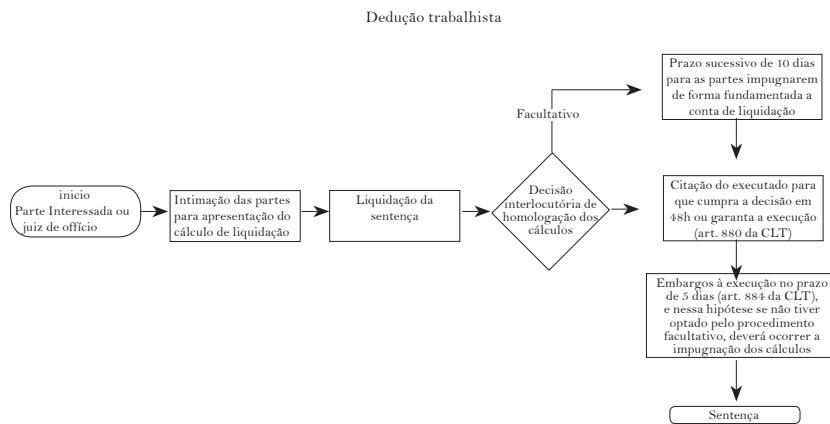
No processo trabalhista havendo omissão na CLT aplica-se inicialmente a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80) e somente após a aplicação desta Lei, se ainda se manter a omissão, se aplica o Código de Processo Civil. É o que está previsto no art. 889, da CLT.

Desse modo, os títulos executivos judiciais no processo do trabalho não devem se limitar àqueles previstos na CLT, sendo considerados títulos executivos judiciais: as certidões de Dívida Ativa da União referentes às penalidades administrativas impostas ao empregador pelos órgãos de fiscalização do trabalho; a sentença penal condenatória que atribui responsabilidade penal ao empregador, transitada em julgado; conciliação extrajudicial homologada judicialmente pelo juiz do trabalho.⁸

⁷ SCHIAVI, op. cit., p. 883.

⁸ SCHIAVI, op. cit., p. 883.

A execução trabalhista tem o seguinte trâmite:



Na liquidação, não basta que o credor informe qual o crédito atualizado ou apresente um demonstrativo. Ele deve explicitar de forma clara e precisa os elementos e critérios utilizados para atingir o crédito. A memória discriminada e atualizada do cálculo consiste no ato do credor revelar minuciosamente todas as etapas para se chegar ao exato valor executado (índices adotados, juros, termos para incidência de correção etc).

Na hipótese de ter sido iniciada a execução e o autor/reclamante não ter dado seguimento ao processo de execução há discussão sobre a possibilidade de reconhecimento da chamada prescrição intercorrente.

O STF tem admitido esse tipo de prescrição no âmbito trabalhista, todavia o TST em sua súmula nº 114 entende pela sua inaplicabilidade “é inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”. Esse posicionamento do TST torna a execução trabalhista indefinida, pois mesmo que o exequente se mantenha inerte por longos anos, poderá voltar a dar prosseguimento ao processo executivo, em clara ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Como não há a previsão da extinção da execução pela prescrição intercorrente no processo do trabalho, este se extingue, em regra, com a satisfação da obrigação por parte do executado. Porém, também poderá ocorrer a sua extinção quando houver a remissão por meio de transação ou a renúncia ao crédito. Essas são as hipóteses previstas no art. 794, do CPC, e aplicáveis também no âmbito trabalhista.

Há doutrinadores, contudo, que entendem poder serem aplicadas também as hipóteses do art. 267, do CPC, que extinguem o processo sem julgamento do mérito ao processo de execução.

Desse modo, a execução poder-se-ia extinguir por uma das formas do art. 794, do CPC, ou por uma das formas do art. 267, do mesmo Código.

A base para tal afirmação consiste na aplicação subsidiária das regras do processo de conhecimento ao processo de execução, nos termos do art. 598 do CPC. Desse modo entende a doutrina, in verbis:

Observe, contudo, que o art. 794 não tratou das hipóteses de extinção da execução em razão da inadmissibilidade do procedimento executivo (invalidade do processo) ou em razão da revogação da demanda executiva (desistência ou abandono pelo autor).

Trata-se de hipóteses de extinção sem exame do mérito, plenamente existentes na execução. Alias, não restam dúvidas de que o art. 267 do CPC tem aplicação no processo execução⁹

Assim, o caminho clássico da execução trabalhista é o seu inicio de ofício ou por requerimento da parte, a intimação das partes para a apresentação da conta de liquidação, a liquidação da sentença, o pagamento pelo executado ou a garantia para a oposição de embargos à execução e apresentação de embargos. Se esses forem julgados procedentes/improcedentes ainda é possível o manejo do recurso denominado agravo de petição e posteriormente o recurso de revista.

Ultrapassadas todas essas etapas recursais o processo de execução se extinguirá com a satisfação do credor.

Todavia, quando a execução se dá contra a Fazenda Pública o processo é diferente.

3 A EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

A execução contra a Fazenda Pública, mesmo no processo trabalhista, ocorrerá nos moldes do art. 730, do CPC.

Assim, o juiz determinará a citação da União/Estado/Município/Distrito Federal, nos termos do art. 730, do CPC. Isso trará algumas consequências para a execução trabalhista.

9 DIDIER JR, Fredie; CUNHA Leonardo J. ; C.BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 5, 2009. p.336.

Primeiro: o processo será mais lento, a Fazenda Pública possui o prazo de 30 dias, e não o prazo de 5 dias previstos na CLT, para apresentar seus embargos à execução.

Segundo: há uma impossibilidade, controvertida é verdade, de execução provisória contra a Fazenda Pública, pois esta se submete ao regime dos precatórios, não podendo ser executada antes do trânsito em julgado da decisão.

Esse tema da execução provisória contra a Fazenda Pública teve repercussão geral reconhecida no RE 573872, que trata da expedição de precatório antes do trânsito em julgado do título judicial exequendo, existindo na doutrina posicionamentos favoráveis e contrários a essa execução provisória.

A Fazenda defende a impossibilidade porque, na execução contra a União, não há risco de não ser alcançada a tutela jurisdicional após o trânsito em julgado, pois o ente público é essencialmente solvente e o pagamento de suas dívidas judiciais se dá por meio de precatório.

Afirma que a execução provisória não tem qualquer finalidade contra a Fazenda Pública e lhe é prejudicial, pois, com a inclusão do precatório na ordem cronológica, e posteriormente em orçamento, impedirá que o valor requisitado seja utilizado para as finalidades intrínsecas do Estado, tais como educação, segurança etc.

Ademais, alega que não há qualquer dispositivo legal que admita a execução provisória contra a Fazenda Pública e como se trata de uma exceção à regra, não pode ser aplicada extensivamente.

Por fim, afirma que diante da previsão expressa do disposto no art. 100, § 5º, da CF, bem como do disposto nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, é impossível a execução provisória quando o devedor é a Fazenda Pública.

O TST, inclusive já adotou esse entendimento em alguns julgados, veja-se:

RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INCOMPATIBILIDADE COM O RITO APLICÁVEL À FAZENDA PÚBLICA.

O art. 100, § 1º-A, da Lei Maior prevê como débito sujeito à execução da Fazenda Pública apenas aquele decorrente de sentença transitada em julgado, o que não ocorreu no caso em discussão. Ademais, o E. Supremo Tribunal Federal vêm decidindo pela impossibilidade de que a Fazenda Pública seja executada provisoriamente após a

entrada em vigor da EC 30, de 13.9.2000, que deu nova redação ao § 1º do art. 100 da CF/88 (precedentes). No caso em questão, não há dúvidas de que a execução na presente ação se iniciou após a edição da EC 30/2000, pois a reclamação trabalhista foi proposta no ano de 2007. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (TST, RR - 20141-66.2007.5.19.0058 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 03/03/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 12/03/2010).

Terceiro: quando a Fazenda Pública for condenada de forma subsidiária, caso comum em razão dos contratos de terceirização, haverá o dever de a execução se voltar primeiramente contra a reclamada principal, e somente após, na hipótese de escassez de recursos, se voltar contra a Fazenda Pública.

Assim, o prosseguimento da execução contra a Fazenda Pública quando responsável subsidiária, só é possível depois de esgotados todos os meios de execução contra o responsável principal.

Salienta-se que antes da execução da responsável subsidiária é necessário que haja a execução da 1ª reclamada, seus sócios e administradores. Nesse sentido, vejamos o Verbete 37 do Colendo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE PELOS CRÉDITOS TRABALHISTAS. SÓCIOS DO DEVEDOR PRINCIPAL. RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO. ORDEM DE EXECUÇÃO. O direcionamento da execução contra o tomador de serviços em razão da responsabilidade subsidiária reconhecida, somente deve ocorrer após as tentativas frustradas de se promover a execução contra o devedor principal, seus sócios e administradores, em razão da desconsideração da sua personalidade jurídica.

Como dito acima, em um primeiro momento, devem ser executados os bens da 1ª reclamada, bem como de seus sócios e administradores, por meio da desconsideração da personalidade jurídica. Em um segundo momento, caso não haja nenhum bem para quitar os débitos, é que a execução será direcionada contra o responsável subsidiário.

É certo que é mais fácil direcionar a execução contra o ente público, já que este sempre salda suas dívidas, mas a responsabilidade subsidiária só deve ser açãoada quando comprovadamente neste impossibilitado o responsável principal em arcar com suas dívidas.

Uma vez apresentados e julgados os embargos à execução da Fazenda Pública caso se determine que realmente são devidos os valores ao exequente, será determinada a expedição de precatórios.

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: Vide Lei nº 8.213, de 1991) (Vide Lei nº 9.494, de 1997)

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Os precatórios só são expedidos quando houver o trânsito em julgado da decisão. Desse modo, após a sua requisição não se poderá mais discutir questões processuais e materiais.

Todavia, alguns itens ainda podem ser avaliados, conforme se verá a seguir.

4 PRECATÓRIOS

No âmbito da União Federal, o artigo 11 do Decreto nº 2214, de 25 de abril de 1997, determinou aos órgãos da Administração Pública direta e indireta que submetam os processos referentes ao pagamento de precatórios à apreciação da Advocacia Geral da União, antes que se cumpra a requisição judicial. Trata-se da instituição de mais uma instância (interna) de análise e conferência dos valores a serem pagos pela União em decorrência de condenação judicial a ela imposta.

Desse modo, mesmo após o trânsito em julgado e a determinação de expedição do precatório, pode a Fazenda Pública fazer um controle do ato determinado pelo Presidente do Tribunal. Dispõe o artigo 85 da Lei nº 9.995 de 25 de Julho de 2000:

Art 85. Para fins de acompanhamento, controle e centralização, os órgãos da Administração pública federal direta e indireta submeterão os processos referentes ao pagamento de precatórios à apreciação da Advocacia-Geral da União, antes do atendimento da requisição judicial, observadas as normas e orientações a serem baixadas por aquela unidade.

Desse modo, os precatórios proferidos contra órgãos da Administração direta e indireta são encaminhados à Advocacia-Geral da União para que esta proceda a uma ampla verificação do processo, analisando a sua regularidade e, dessa análise, sugira as medidas cabíveis. Logo, a rígida providência de verificação dos ofícios precatórios bem como de seus valores, além de pautada em lei visa resguardar o interesse público, lucrando, assim, o Estado, a sociedade e o próprio reclamante.

Para este último tal cuidado deve-se para evitar a hipótese de recebimento de crédito indevido, o que ensejaria a propositura da ação de repetição de indébito por parte da União, causando sérios transtornos para ambos os lados e assoberbando ainda mais a máquina judiciária.

Para tanto, foi criada a Coordenadoria de Cálculos e Perícias através da Medida Provisória 2102, que em seu artigo 8º D aduz:

Artigo 8º D – É criada , como órgão auxiliar da Procuradoria – Geral da União, a Coordenadoria de Cálculos e Perícias, com a finalidade de executar, conferir e coordenar os cálculos e perícias judiciais referentes a feitos de interesse da união e de suas autarquias e fundações.

A Medida Provisória 2102, que hoje regula o tema e suas posteriores reedições determina ainda em seu artigo 8º D, § 1º, inciso I, que cabe ao Departamento de Cálculos avaliar as contas constantes dos precatórios, veja-se:

Artigo 8º D

§ 1º Ao Departamento de Cálculos e Perícias compete, especialmente :

I – examinar os cálculos constantes dos precatórios judiciaários de responsabilidade da União, das autarquias e fundações públicas federais , antes do pagamento dos respectivos débitos.

A mesma Medida Provisória prevê em seu artigo 4º, permite que o Presidente do Tribunal reveja as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios:

Art. 4º A Lei nº 9494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

Art. 1º-E – São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes do seu pagamento ao credor.

Vê-se, portanto, que é plenamente possível, mesmo após a edição do precatório a discussão de alguns pontos a ele pertinentes.

Cumpre destacar, que nesse âmbito, o art. 463, I, do CPC, é expresso ao prever que os erros materiais podem ser corrigidos de ofício a qualquer tempo:

Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

I - para Ihe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou Ihe retificar erros de cálculo;

E a OJ nº 2 do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho é clara ao dispor:

OJ nº 2. PRECATÓRIO. REVISÃO DE CÁLCULOS. LIMITES DA COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO TRT (DJ 09.12.2003)
O pedido de revisão dos cálculos, em fase de precatório, previsto no art. 1º-E da Lei nº 9.494/97, apenas poderá ser acolhido desde que: a) o requerente aponte e especifique claramente quais são as incorreções existentes nos cálculos, discriminando o montante que seria correto, pois do contrário a incorreção torna-se abstrata; b) o defeito nos cálculos esteja ligado à incorreção material ou à utilização de critério em descompasso com a lei ou com o título executivo judicial; e c) o critério legal aplicável ao débito não tenha sido objeto de debate nem na fase de conhecimento, nem na fase de execução.

Neste diapasão, o Egrégio TST já se manifestou sobre a possibilidade de correção de erro material em fase de precatórios:

RECURSO ORDINÁRIO EM AGRAVO REGIMENTAL.
REVISÃO DE CÁLCULOS. PREScriÇÃO. POSSIBILIDADE DE ARGÜIÇÃO, POR FORÇA DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 219,
§ 5º, DO CPC, EM SEDE DE PRECATÓRIO. ERRO MATERIAL.
INOCORRÊNCIA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº
2, ITEM -B-, DO PLENO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO

TRABALHO. Nos termos do item b da O.J. nº 2 do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, o pedido de revisão dos cálculos, em fase de precatório, poderá ser acolhido desde que o defeito -esteja ligado à incorreção material ou à utilização de critério em descompasso com a lei ou o título executivo judicial-. A discussão em torno da possibilidade de argüição de prescrição em sede de precatório, por força da nova redação dada ao art. 219, § 5º, do CPC, não se enquadraria na definição de erro material. Também não se cogita de utilização de critério em descompasso com a lei, na medida em que o art. 219, § 5º, do CPC (com a moldura da Lei nº 11.280/2006, publicada no DOU de 17.2.2006) apenas contenha previsão no sentido de que -o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição-, não cuidando de critério legal na elaboração do cálculo. Por fim, tampouco resta configurada a hipótese, pois o tema não foi objeto de debate, quer na fase de conhecimento, quer em sede de execução. Recurso ordinário em agravo regimental conhecido e desprovido. (TST - ROAG: 300000720015030109 30000-07.2001.5.03.0109, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 06/12/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 15/02/2008.)

Assim, conforme entendimento exarado pelo TST, o erro material é passível de correção pelo presidente do tribunal. Esse erro abrange a inexatidão quanto a aspectos objetivos, não resultantes de entendimento jurídico, como um cálculo errado, a ausência de palavras, a digitação errônea, e hipóteses similares.

Esse tipo de erro, que nunca transita em julgado, pode ser o erro aritmético que importa em “Inclusão de parcelas indevidas ou a exclusão das devidas, por omissão ou equívoco”. (RE nº 79.400).

Logo, face ao princípio da moralidade pública e por se tratar de direitos indisponíveis que devem ser preservados, é possível declarar a existência de erro material nos cálculos, o qual pode ser suscitado a qualquer tempo e grau de jurisdição, não se sujeitando a qualquer forma de preclusão, sendo corrigível a qualquer momento, de ofício ou a requerimento das partes, vez que não transita em julgado, inclusive após o pedido de expedição de precatório.

Em razão dessa possibilidade de correção, um assunto tem surgido nos tribunais: os juros de mora entre a conta de liquidação e a expedição dos precatórios.

A Fazenda Pública em seus embargos é intimada a se manifestar sobre os cálculos homologados pelo juiz, não podendo depois se manifestar sobre assunto. Ocorre que entre o cálculo de liquidação homologado e a

data da expedição da requisição de pequeno valor ou do precatório não deveriam incidir os juros de mora.

A questão é de grande discussão no âmbito da doutrina, mas foi pacificada no âmbito da justiça comum, em sede de recurso repetitivo exarado pelo STJ:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. TERMO FINAL. LIQUIDAÇÃO DO VALOR. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte não incidem juros moratórios no período compreendido entre a homologação dos valores devidos e a expedição do precatório; somente sendo devidos juros de mora caso a Fazenda Pública não efetue o pagamento do precatório inscrito até 01 de julho, no prazo constitucional fixado no art. 100 da Constituição Federal, 31 de julho do ano subseqüente.

2. Os juros de mora, nas hipóteses em que são opostos embargos à execução pela Fazenda Pública, devem ser calculados até trânsito em julgado dos embargos, quando se dá a definição do quantum debeatur.

Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(EDcl no AgRg no REsp 1311427/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 14/08/2013)

O STF, diante dessa celeuma, reconheceu a existência de repercussão geral quanto às questões que envolvem os juros de mora no período compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição da requisição de pequeno valor ou do precatório, *in verbis*:

Decisão: Após o voto da relatora, Ministra Ellen Gracie (Presidente), que propôs solução da questão de ordem, e do voto divergente do Senhor Ministro Marco Aurélio quanto à solução apresentada, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Cármem Lúcia. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim

Barbosa e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Britto. Plenário, 13.03.2008. Decisão: O Tribunal acolheu a questão de ordem proposta pela Senhora Ministra Ellen Gracie, para: a) nos termos do voto da relatora, definir procedimento próprio para exame de repercussão geral nos casos de questões constitucionais que formam a jurisprudência dominante nesta Corte, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio; b) *reconhecer a existência de repercussão geral quanto às questões que envolvem os juros de mora no período compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição da requisição de pequeno valor ou do precatório;* e c) determinar a distribuição normal do recurso extraordinário, para futura decisão do mérito no Plenário, nos termos do voto da relatora, reajustado parcialmente. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 11.06.2008. (RE 579431 QO / RS - RIO GRANDE DO SUL)

Inclusive, o próprio STF tem jurisprudência no sentido de que não incide juros de mora entre a data de elaboração dos cálculos definitivos e a data de apresentação do precatório:

EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Juros de mora entre as datas da expedição e do pagamento do precatório judicial. Não-incidência. Precedentes. 4. Descabimento, pelos mesmos fundamentos, de juros de mora entre a data de elaboração dos cálculos definitivos e a data de apresentação, pelo Poder Judiciário à respectiva entidade de direito público, do precatório (§ 1º do art. 100 da Constituição). 5. Agravo regimental a que se nega provimento (AI 492779 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 03-03-2006 PP-00076 EMENT VOL-02223-05 PP-00851 RTJ VOL-00199-01 PP-00416)

Acontece que, no âmbito do TST, ainda não existe entendimento sedimentado sobre o assunto, há processos em que a União discute exatamente a incidência dos juros de mora após a liquidação e a expedição dos precatórios, mas as decisões têm sido pela possibilidade de incidência de juros:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.
REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. JUROS DE MORA.

De acordo com a Lei nº 12.016, de 7.8.2009, para a concessão do mandado de segurança, além de o direito líquido e certo ter natureza processual, não se configura como ilegal, ou abusivo, o ato judicial que determina a contagem dos juros de mora no interstício compreendido entre a data da elaboração dos cálculos e a data da expedição do ofício requisitório (RPV), ou seja, quase três anos de mora da Fazenda Pública no pagamento do débito trabalhista. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TST-RO-349-93-2012-5-06-0000)

Observa-se que a discussão se deu após a expedição da Requisição de Pequeno Valor. Mas se tratando de erro material, e não reanálise da matéria transitada em julgado, que é protegida pela coisa julgada, é plenamente possível a discussão.

A justiça do trabalho, ao firmar tal entendimento, além de ir de encontro ao entendimento exarado pelos demais tribunais, o que gera um benefício desproporcional aos credores da União na esfera trabalhista, acarreta um prejuízo substancial aos cofres públicos.

As diferenças entre os procedimentos de execução na justiça comum e na justiça do trabalho não justificam tal interpretação diferenciada, de forma que cabe ao TST rever tal posicionamento, sob ofensa aos princípios da indisponibilidade do patrimônio público.

5 CONCLUSÃO

O processo de execução tem uma finalidade precípua e, para alguns, um verdadeiro direito fundamental, de dar efetividade ao processo de conhecimento.

As modificações no processo civil foram exatamente no sentido de dar uma maior celeridade e efetividade a esse procedimento, fugindo-se do famoso “ganha, mas não leva”.

A execução no processo do trabalho sempre foi mais célere, principalmente pelo fato de poder se iniciar de ofício pelo juiz. Todavia, ainda existem vozes que proclamam por uma reforma no processo executivo trabalhista, para que as partes vulneráveis tenham seus direitos adimplidos mais rapidamente.

Tal diferenciação não parece atingir a execução contra a Fazenda Pública, pois, mesmo no processo trabalhista, o processo é exatamente o mesmo do seguido no processo civil. A Fazenda é intimada na forma do art. 730, do CPC, e poderá apresentar os Embargos à Execução no prazo de 30 dias, além de o pagamento se dar por meio de requisição de pequeno valor e precatórios.

Com o pedido de expedição da requisição de pequeno valor ou dos precatórios outras questões podem ser levantadas como os erros materiais, mas não se poderá mais discutir questões protegidas pelo manto da coisa julgada.

Por fim, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, a Fazenda Pública tem se deparado com a questão dos juros de mora incidentes após a conta de homologação até a expedição do precatório.

A jurisprudência da justiça comum tem se inclinado pela sua impossibilidade, cabendo à justiça trabalhista definir se as determinações do processo comum nesse ponto se aplicam ao processo do trabalho, o que implicará em impacto direto nas contas do poder público.

REFERÊNCIAS

BRASIL, site do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

BRASIL, site do Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>.

BRASIL, site do Tribunal Superior do Trabalho – TST. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>.

DIDIER, Fredie. *Esboço de uma teoria em execução civil*. Disponível em: <<http://www.didiersodrerosa.com.br/artigos/Fredie%20Didier%20Jr.%20-%20Esbo%C3%A7o%20de%20uma%20teoria%20da%20execu%C3%A7%C3%A3o%20civil.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2013

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo J.; C. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E A PUBLICIDADE DOS PARECERES DA AGU

*THE LAW ON ACCESS TO INFORMATION AND PUBLICITY OF THE
OPINIONS OF THE AGU*

Luciana Azevedo Paz de Souza Barros
Advogada da União lotada na Secretaria de Portos da Presidência

SUMÁRIO: Introdução; 1 Legislações internacionais sobre o acesso à informação; 2 O acesso à informação no Brasil; 3 Panorama geral da Lei; 4 Publicidade das manifestações jurídicas de natureza consultiva; 5 Necessidade de interpretação da LAI segundo o art. 28 da LC nº 73/93; 6 Em busca de uma nova interpretação da LAI a luz da LC 73/93; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo objetiva discutir os impactos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, sobre os pareceres jurídicos produzidos pelos órgãos consultivos da AGU. Após analisar a legislação internacional e traçar um breve panorama histórico, que culminou com a edição da Lei de Acesso à Informação, trata da necessidade de regulamentação da publicidade dos pareceres emitidos pelos órgãos consultivos da AGU, tendo como foco principal a necessidade de encontrar um meio termo que permita garantir tanto o acesso à informação para a população quanto o interesse primário da União, que muitas vezes pode ser incompatível com a divulgação dos pareceres jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional. Administrativo. Acesso à Informação. Pareceres Jurídicos. Consultivo. Publicidade. Ponderação de Interesses. Regulamentação Necessária.

ABSTRACT: The article discusses the impact of Law No. 12,527, passed on 11/18/2011, on the legal opinions produced by the advisory bodies of the General Advocates of the Union (AGU). After analyzing international law and tracing a brief historical overview on the conditions which led to the enactment of the Law on Access to Information, the paper addresses the need for regulation of the publication of the opinions issued by the advisory bodies of the AGU, focusing mainly on the necessity of finding a way to guarantee both access of the general population to this information, as well as the primary interest of the Union, which can often be inconsistent with the disclosure of legal opinions.

KEYWORDS: Constitutional. Administrative. Access to Information. Legal Advice. Advisory. Publication. Balancing Interests. Necessary Regulation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a finalidade de subsidiar as avaliações de estágio probatório dos Advogados da União que ingressaram na carreira no ano de 2013, e deve tratar de um dos temas abordados no Curso de Formação que ocorreu entre os dias 20 e 24/05/2013.

A temática escolhida foi a Lei de Acesso à Informação (LAI), abordando principalmente a problemática da divulgação de pareceres da AGU emanados das Consultorias e Assessorias Jurídicas na análise da legalidade de projetos de Lei e congêneres, na medida em que tais manifestações jurídicas podem vir a ser utilizadas na propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) para defender interesses opostos ao da União. Por ocasião do curso, a problemática foi exemplificada em situação na qual o parecer jurídico sugeria o veto de determinado artigo de projeto de lei, sendo que a manifestação não foi acolhida pelo Presidente da República. Posteriormente foi ajuizada uma ADI pugnando pela inconstitucionalidade do dispositivo e foi colacionada à inicial referida manifestação da AGU, situação que, no mínimo, enfraquece a defesa da norma impugnada.

Dito isto, de antemão é útil rememorar o contexto no qual se insere a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Para tal, não se pode olvidar a previsão constitucional para o acesso à informação.

O pano de fundo para a Assembléia Nacional Constituinte foi o final de um regime militar que frequentemente utilizava-se do pretexto de proteção da segurança nacional para deixar de divulgar informações de interesse coletivo, muitas vezes encobrindo práticas criminosas. Nesse contexto, não é de se estranhar a existência, na atual Constituição, de dispositivos constitucionais garantidores da liberdade de informação.

O art. 5º, XXIII, da CF/88, determina que:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

1 LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE O ACESSO À INFORMAÇÃO

Pelo que se tem notícia¹, leis como a LAI já existem em cerca de 90 nações, sendo a Suécia a primeira a desenvolver seu marco legal sobre

¹ Informação extraída do site: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/05/16/lei-de-acesso-a-informacao-completa-um-ano>>. Acesso em: 29 ago. 2013 às 14h15m.

acesso, em 1766. No ano de 1888, a Colômbia se tornou a pioneira na América Latina ao estabelecer um Código que dava acesso a documentos de Governo. Já os Estados Unidos criaram a sua Lei de Liberdade de Informação (Freedom of Information Act - FOIA) em 1966, acrescentando emendas para adequá-la conforme a passagem do tempo. A legislação do México, aprovada em 2002, é considerada referência por prever a instauração de sistemas rápidos de acesso, a serem supervisionados por órgão independente. O Uruguai e o Chile, entre outros, também regulamentaram leis de acesso à informação.

Além dessas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 19) também possui normatização a esse respeito, *in verbis*:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Também a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (artigos 10 e 13), internalizada por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, assim prevê:

Artigo 10 Informação pública

Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder. Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas:

- a) A instauração de procedimentos ou regulamentações que permitam ao público em geral obter, quando proceder, informação sobre a organização, o funcionamento e os processos de adoção de decisões de sua administração pública, com o devido respeito à proteção da intimidade e dos documentos pessoais, sobre as decisões e atos jurídicos que incumbam ao público;
- b) A simplificação dos procedimentos administrativos, quando proceder, a fim de facilitar o acesso do público às autoridades encarregadas da adoção de decisões; e

c) A publicação de informação, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública.

[...]

Artigo 13 Participação da sociedade

1. Cada Estado Parte adotará medidas adequadas, no limite de suas possibilidades e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa. Essa participação deveria esforçar-se com medidas como as seguintes:

a) Aumentar a transparência e promover a contribuição da cidadania aos processos de adoção de decisões;

b) Garantir o acesso eficaz do público à informação;

c) Realizar atividade de informação pública para fomentar a intransigência à corrupção, assim como programas de educação pública, incluídos programas escolares e universitários;

d) Respeitar, promover e proteger a liberdade de buscar, receber, publicar e difundir informação relativa à corrupção. Essa liberdade poderá estar sujeita a certas restrições, que deverão estar expressamente qualificadas pela lei e ser necessárias para: i) Garantir o respeito dos direitos ou da reputação de terceiros; ii) Salvaguardar a segurança nacional, a ordem pública, ou a saúde ou a moral públicas.

2. Cada Estado Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.

A Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão também traz previsão sobre o assunto: “Item 4: O acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigações de garantir o pleno exercício desse direito”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos assim dispõe: “Artigo 19: Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza [...]”.

2 O ACESSO À INFORMAÇÃO NO BRASIL

O art. 37, § 3º da CF prevê que:

A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.

Com a redemocratização, os escândalos envolvendo crimes do colarinho branco, super-salários, desvios de verba pública e toda sorte de corrupção passaram a assolar o país. Nesse contexto, com a população cada vez mais descrente, a necessidade de garantir mais transparência sobre a gestão da coisa pública tornou-se latente.

A Lei de Acesso à Informação surgiu como forma de disciplinar essas exigências constitucionalmente consagradas, em resposta aos anseios populares por uma administração pública mais transparente.

3 PANORAMA GERAL DA LEI

O novo diploma não prevê o acesso ilimitado às informações governamentais. Trazendo critérios objetivos, tratou de determinar a classificação das mesmas quanto ao grau e prazos de sigilo, afastando a arbitrariedade então vigente, sendo certo que a regra atual, consagrada pela LAI, é a publicidade.

A informação sob a guarda do Estado é sempre pública, devendo o acesso a ela ser restrinido apenas em casos específicos e por período de tempo determinado. A Lei de Acesso a Informações no Brasil prevê duas exceções à regra de acesso: os dados pessoais e as informações classificadas por autoridades como sigilosas, conforme será explicitado.

A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11) inovou por permitir o acesso a informações de interesse público independentemente de justificativa ou interesse particular (art. 10, §^{9º})², tornando excepcional o sigilo (art. 3º, I)³ e prevendo a aplicação de sanção a quem negar injustificadamente a informação que deveria ter sido prestada (art. 7º, §^{4º})⁴. A premissa a ser seguida, portanto, é a de que toda informação governamental, por si só, já é de interesse dos cidadãos, sendo dispensada justificativa específica sobre o pedido, materializando o ideal republicano de que a coisa pública é de interesse de toda a coletividade.

O art. 5º⁵ da nova lei incumbe os órgãos públicos de assegurar a gestão transparente da informação, propiciando seu amplo acesso e divulgação. Ademais, o art. 7º⁶ determina que acesso à informação compreende a informação sobre a atividade exercida pelos órgãos e entidades, quanto a sua política, organização e serviços.

Entretanto, não se pode esquecer que, além da publicidade, a administração pública também pauta-se pelo princípio da eficiência. É bem por isso que o novo diploma também tratou de garantir que existe um ciclo de formação das informações, sendo que estudos que ainda

- 2 “Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.
§ 3º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público.”
- 3 “Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;”
- 4 “Art. 7º, § 4º: A negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades referidas no art. 1º, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares, nos termos do art. 32 desta Lei.”
- 5 “Art. 5º É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.”
- 6 “Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada; II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado; IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada; V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e VII - informação relativa: a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos; b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.”

estão pendentes de conclusão não podem ser considerados informação propriamente dita, pois permanecem no campo das suposições, podendo ser alterados a qualquer tempo⁷.

Tal interpretação também vale para as manifestações jurídicas de natureza consultiva, ou seja, somente após o encerramento do ciclo decisório é que elas podem ser disponibilizadas, ressalvadas as restrições que serão a seguir explicitadas.

Por outro lado, o art. 23 da Lei, que trata das informações passíveis de serem mantidas em sigilo, não elencou entre elas as manifestações exaradas em pareceres jurídicos, e não se mostra possível enquadrar tal situação em nenhum dos incisos do artigo mencionado. Vejamos:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

⁷ “Art. 7º § 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.”

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

No que concerne à garantia da intimidade das pessoas e o respeito a informações sobre sua vida privada, impede ressaltar que o novo diploma também tratou de protegê-las. Para tal, urge a observância do art. 31, da Lei nº 12.527/2011: “o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”.

Esmiuçando a regra do caput, o § 1º determina que as informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem deverão ter seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem, sendo possível, entretanto sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

4 PUBLICIDADE DAS MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS DE NATUREZA CONSULTIVA

Os pareceres exarados pelas Consultorias e Assessoria Jurídicas da Advocacia Geral da União (AGU), e que se inserem no âmbito da advocacia de estado, possuem natureza de informação passível de ser solicitada e fornecida com base na LAI.

Entretanto, conforme já demonstrado linhas atrás, em alguns momentos esta divulgação pode ser contrária ao interesse público da União. Na realidade, estão em jogo dois interesses igualmente públicos e relevantes que devem ser ponderados: o interesse da sociedade como um todo em garantir a publicidade dos atos praticados pela Administração e o interesse primário da União em não divulgar informações que possam ser utilizadas judicialmente em seu desfavor.

Isso porque, não é pertinente o argumento de que a administração deve arcar com todo e qualquer custo derivado da necessidade de transparência e acesso à informação. Por outro lado, a criação de restrições ao acesso à informação de forma indiscriminada pode provocar o esvaziamento da própria Lei de Acesso à Informação, gerando o retorno ao *status quo ante*.

Nesse contexto, o artigo 28 da Lei Complementar nº 73/93, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, prevê

que a divulgação das manifestações jurídicas de natureza consultiva dependerão de prévia aprovação do Advogado-Geral da União, ou outra autoridade, por competência delegada:

Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado:

[...]

III - manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo ordem, ou autorização expressa do Advogado-Geral da União.

Repise-se que, conforme já mencionado, além da autorização expressa do Advogado Geral da União, nos casos de informações jurídicas de natureza consultiva que envolvam a privacidade dos indivíduos, a divulgação somente é possível mediante consentimento expresso ou para utilização para tratamento médico, cumprimento de ordem judicial, defesa de direitos humanos e proteção do interesse público e geral predominante.

5 NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LAI SEGUNDO O ART. 28 DA LC N° 73/93

O caso aqui analisado não justifica a aplicação necessária do art. 28, acima reproduzido, embora ele possa ser utilizado num primeiro momento. Isso porque, da leitura do dispositivo em comento, percebe-se que não é possível a algum Advogado da União a divulgação de um parecer sem a anuênciam do Chefe máximo da instituição, podendo o pleito de acesso ser negado com fundamento no mencionado artigo.

Contudo, para ultrapassar este impedimento, aquele que tenha interesse em conhecer um parecer emanado dos órgãos consultivos da AGU poderá facilmente dirigir seu pleito ao próprio Advogado Geral da União, situação na qual não caberá a utilização do art. 28 da LC/73 para legitimar a negativa do pleito.

Deste modo, resta evidenciado que o que irá determinar, de antemão, o atendimento ou não do pedido de acesso à informação será o fato de o autor do pedido dirigi-la à autoridade competente para divulga-la.

Ultrapassado este primeiro ponto, e supondo-se que a solicitação foi corretamente dirigida ao Advogado Geral da União, a Lei de Acesso à Informação não faz nenhuma ressalva quanto à possibilidade de não

divulgação de manifestação jurídica emanada pelos órgãos consultivos. Ou seja, na realidade a solicitação não daria nenhuma margem de discricionariedade ao AGU para negar o pleito.

Deste modo, o raciocínio até aqui desenvolvido evidencia que, a partir da edição da LAI, o artigo 28 da Lei Complementar nº 73/93 teria sido tacitamente revogado, já que o dispositivo restou esvaziado ao impor ao AGU a obrigação de autorizar a divulgação de informações solicitadas, ou a desnecessidade de submeter o pedido à apreciação do AGU por parte dos demais membros da carreira.

Ocorre que, de acordo com a doutrina constitucional sobre o tema, a qual me filio, não seria possível que uma Lei Ordinária, como é a Lei de Acesso à Informação, tenha o condão de revogar uma Lei Complementar, como é o caso da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

Segundo Miguel Reale, as Leis Complementares seriam uma espécie normativa diferenciada, sendo classificadas como “*tertium genus* de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda de vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente”⁸

Também tratando do tema, Alexandre de Moraes ensina⁹:

Discussão eternizada na doutrina, a eventual existência ou não de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária obteve de ambos os lados grandes juristas e brilhantes argumentações. Neste ponto, porém, filiamo-nos ao argumento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por considerá-lo imbatível, pedindo vénia para transcrevê-lo na íntegra: “É de se sustentar, portanto, que a lei complementar é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta – a lei delegada e o decreto-lei) e a Constituição (e suas emendas). Não é só, porém, o argumento de autoridade que apóia essa tese; a própria lógica o faz. A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não seja, nunca, o fruto da vontade de uma minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz. Essa maioria é assim um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento. Paralelamente, deve-se convir, não quis o constituinte deixar ao sabor de uma decisão ocasional a desconstituição daquilo para cujo estabelecimento exigiu ponderação especial. Aliás, é princípio

⁸ REALE JR., Miguel. *Casos de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

⁹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1203.

geral de Direito que, ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma”, assim continua, “a lei ordinária, o decreto-lei, e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar. Em consequência disso não prevalecem contra elas, sendo inválidas as normas que a contradisserem.”

Mesmo aqueles doutrinadores que não são tão radicais em defender a existência de hierarquia entre leis ordinárias e leis complementares admitem que há âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada uma das espécies normativas, situação na qual continua sendo possível a defesa da tese aqui esposada.

Em seu Curso de Direito Constitucional, Gilmar Mendes leciona:

A lei ordinária que destoa da lei complementar é inconstitucional por invadir âmbito normativo que lhe é alheio, e não por ferir o princípio da hierarquia das leis. Por outro lado, não será inconstitucional a lei ordinária que dispuser em sentido diverso do que estatui um dispositivo de lei complementar que não trata de assunto próprio de lei complementar. O dispositivo da lei complementar, no caso, vale como lei ordinária e pode-se ver revogado por regra inserida em lei ordinária.

Não discrepa deste entendimento a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que em emblemático julgado da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence sobre o assunto assim dispõe:

EMENTA: I. Recurso extraordinário e recurso especial: interposição simultânea: inocorrência, na espécie, de perda de objeto ou do interesse recursal do recurso extraordinário da entidade sindical: apesar de favorável a decisão do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial, não transitou em julgado e é objeto de RE da parte contrária. II. Recurso extraordinário contra acórdão do STJ em recurso especial: hipótese de cabimento, por usurpação da competência do Supremo Tribunal para o deslinde da questão.C. Pr. Civil, art. 543, § 2º. Precedente: AI 145.589-AgR, Pertence, RTJ 153/684. 1. No caso, a questão constitucional - definir se a matéria era reservada à lei complementar ou poderia ser versada em lei ordinária - é prejudicial da decisão do recurso especial, e, portanto, deveria o STJ ter observado o disposto no art. 543, § 2º, do C. Pr. Civil. 2. Em consequência, dá-se provimento ao RE da União para anular o acórdão do STJ por usurpação da competência do Supremo Tribunal e determinar que outro seja proferido, adstrito às questões infraconstitucionais acaso aventadas, bem como, com base no art. 543, § 2º, do C.Pr.Civil, negar provimento ao RE do SESCON-DF

contra o acórdão do TRF/1^a Região, em razão da jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a questão constitucional de mérito. III. PIS/COFINS: revogação pela L. 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão pela LC 70/91. 1. A norma revogada - embora inserida formalmente em lei complementar - concedia isenção de tributo federal e, portanto, submetia-se à disposição de lei federal ordinária, que outra lei ordinária da União, validamente, poderia revogar, como efetivamente revogou. 2. Não há violação do princípio da hierarquia das leis - rectius, da reserva constitucional de lei complementar - cujo respeito exige seja observado o âmbito material reservado pela Constituição às leis complementares. 3. Nesse sentido, a jurisprudência sedimentada do Tribunal, na trilha da decisão da ADC 1, 01.12.93, Moreira Alves, RTJ 156/721, e também pacificada na doutrina. (RE 419629 / DF - Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 23/05/2006. Publicação: DJ 30-06-2006)

Ou seja, se no art. 131 da CRFB/88¹⁰ há previsão de que lei complementar disporá sobre a organização e funcionamento da Advocacia Geral da União; e se, de outro giro, não existe a previsão de que a Lei de Acesso à Informação deva ser também complementar, os campos de incidência de ambas estão bem delimitados, não sendo possível à LAI alterar/revogar as determinações contidas na LC 73/93.

Do mesmo modo, se adotarmos a tese da hierarquia entre as leis complementar e ordinária chegamos à igual conclusão, ou seja, é inconcebível a interpretação que anula os efeitos do art. 28 da LC 73/93 a partir da edição da Lei de Acesso à Informação.

6 EM BUSCA DE UMA NOVA INTERPRETAÇÃO DA LEI A LUZ DA LC 73/93

Pelo raciocínio até aqui efetuado fica evidente que existe a necessidade de buscar alternativas para a coexistência dos dois diplomas, pois as ideias aqui desenvolvidas não pretendem, de forma nenhuma, deixar de aplicar a Lei de Acesso à Informação para evitar a divulgação dos pareceres jurídicos emanados pelos órgãos consultivos da entidade. O que se propõe é uma reflexão sobre a possibilidade de ser criada uma classificação dos pareceres, para evitar a divulgação daqueles que

¹⁰ CRFB: "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."

possam gerar situações excessivamente prejudiciais à União, como aquela narrada na introdução deste estudo.

Nesse contexto, seria essencial a regulamentação da LAI no âmbito da AGU, objetivando garantir a ponderação de interesses em jogo. Segundo a doutrina de Luis Roberto Barroso¹¹,

A ponderação, como estabelecido acima, socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o interprete deverá fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o interprete precisará fazer escolhas, determinando, in concreto, o princípio ou direito que irá prevalecer.

Qualquer tentativa de normatizar o assunto, entretanto, pode ser interpretada como uma tentativa de burlar a própria essência da lei, uma vez que a ausência de previsão nesse sentido em seu próprio texto faz crer que não foi esse o intuito do legislador. Além do mais, já há previsão legal sobre as hipóteses de informações que mereceriam o sigilo.

Por outro lado, conforme explicitado linhas atrás, o AGU tem competência para permitir ou não a divulgação das manifestações jurídicas dos órgãos consultivos. E já ficou evidente que esta norma permanece válida mesmo após a edição da LAI.

Não resta dúvida sobre o perigo gerado pela margem de discricionariedade que poderia emanar de tal regulamentação, e em que medida ela poderia ser mal utilizada gerando um odioso retorno ao *status quo ante*.

Além disso, importante frisar que, quando se defende a ponderação entre o acesso à informação e a divulgação de informações (pareceres) que possam gerar prejuízo para o Estado, os interesse estatais que aqui se menciona não são interesses patrimoniais.

Isso porque, é incontestável que na ponderação entre a publicidade das informações oficiais e os interesses meramente patrimoniais do ente, sempre deverá prevalecer o direito de acesso à informação.

Contudo, quando nos deparamos com a possibilidade de utilização de informações inseridas em pareceres jurídicos sendo utilizadas para fundamentar a instrução de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, nas

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

quais o AGU tem o dever constitucional¹² de defender a norma impugnada, presenciamos a esdrúxula situação na qual o mesmo órgão que defende, eventualmente pode emitir manifestação em sentido contrário (nos casos de pareceres emanados pelos órgãos do consultivo pugnando pelo voto de determinado dispositivo na hipótese de a sugestão não ser acatada pelo Presidente da República e posteriormente ser proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade).

Neste caso em particular, e que pode se multiplicar a partir da edição da LAI, o que está em jogo são interesses constitucionais maiores. Se foi a própria CRFB/88 que determinou a defesa do ato por parte do AGU, e que também, previu como função institucional do órgão o assessoramento jurídico do Poder Executivo, não é cabível que a mesma também preveja a possibilidade de o defensor do ato ter que combater argumentações desenvolvidas dentro da instituição da qual faz parte.

Além disso, o próprio sistema político fica em cheque com a utilização deste tipo de manifestação jurídica. A uma, porque o Chefe do executivo precisa de assessoramento jurídico, fornecido pela AGU, ainda que adote posição diversa; a duas, porque a CRFB/88 trouxe em seu bojo a possibilidade de o Presidente vetar projetos de lei, seja por razões atinentes à legalidade ou por razões políticas (veto político). E se existe a previsão desta possibilidade, não é concebível que o Executivo seja obrigado a divulgar as discussões que envolveram a tomada de decisões por parte do Presidente da República.

Deste modo, o que se propõe aqui, obviamente sem a pretensão de esgotar o assunto, é a possibilidade de haver a restrição do acesso apenas em manifestações jurídicas sobre projetos de lei e congêneres nos quais tenha havido a incongruência entre aquilo que foi exarado no parecer e o texto final que foi publicado (ou seja, nos casos em que a manifestação jurídica não foi seguida em sua integralidade).

7 CONCLUSÃO

O advento da Lei de Acesso à Informação é digno de aplausos por tentar incutir na mentalidade da população a importância de fiscalizar a Administração Pública, e mais do que isso, o direito de obter dos órgãos públicos as informações sob sua guarda, seja por qual motivo for.

¹² CRFB/88: "Art. 103, § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado."

Importante, contudo, ponderar em que medida esse acesso deve ser ilimitado, ainda que não seja uma das hipóteses excepcionais que a lei prevê.

Conforme foi explicitado, o interesse em garantir o acesso à informação deve ser ponderado com o interesse na divulgação do teor de alguns pareceres que possam prejudicar a defesa da União em juízo, nos casos em que esteja em jogo interesse político maior de toda a coletividade, particularmente nos casos de pareceres sobre projetos de lei.

Até porque, a divulgação de pareceres jurídicos desta natureza não irá ser determinante no julgamento da constitucionalidade ou não de determinada lei ou dispositivo, apenas sendo instrumento apto a fortalecer a tese jurídica do Autor de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ou seja, na ponderação dos interesses em jogo, neste caso específico, deveria ser sacrificado o direito de acesso à informação.

Desta forma, se propôs nesse breve estudo a tentativa de regulamentar e limitar a divulgação dos pareceres jurídicos nos casos em que os mesmos opinassem pelo veto de determinado dispositivo, na hipótese de a sugestão não ser acatada pelo Presidente da República, cabendo salientar ainda que, segundo uma interpretação da LAI a partir da leitura do art. 28 da LC nº73/93, tal hipótese seria possível, nos termos do raciocínio aqui desenvolvido.

REFERENCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

REALE JR., Miguel. *Casos de Direito Constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/05/16/lei-de-acesso-a-informacao-completa-um-ano>. Consulta realizada em 29/08/2013 às 14h15m.

A ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

THE ROLE OF AMICUS CURIAE IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL JURISDICTION

*Luciano Andrade Farias
Advogado da União com atuação
na Secretaria Geral do Contencioso*

SUMÁRIO: Introdução; 1 *Amicus Curiae*: origem e elementos conceituais; 1.1 Natureza jurídica e finalidade; 2 Atuação do *Amicus Curiae* no controle concentrado de constitucionalidade; 2.1 Requisitos de admissão; 2.2 Momento de atuação do *Amicus Curiae*; 2.3 O *Amicus Curiae* e a interposição de recursos; 2.4 *Amicus Curiae* e a sustentação oral; 2.5 O *Amicus Curiae* e a ADPF; 3 O *Amicus Curiae* e o controle difuso; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de analisar os principais aspectos relacionados ao instituto processual do *amicus curiae* no âmbito da jurisdição constitucional brasileira. Em um primeiro momento, haverá uma abordagem conceitual acerca dessa figura processual. Após, será analisada sua atuação nas modalidades concentrada e difusa de controle de constitucionalidade, sempre com destaque para o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional. *Amicus Curiae*. Controle Concentrado. Controle Difuso.

ABSTRACT: This study aims to analyze the main aspects related to the procedural institute of *amicus curiae* in the Brazilian constitutional jurisdiction. At first, there will be a conceptual approach on this procedural figure. After, we will analyze its performance in concentrated and diffuse forms of constitutionality review, always highlighting the understanding adopted by the Brazilian Supreme Court.

KEYWORDS: Constitutional Jurisdiction. *Amicus Curiae*. Concentrated Control. Diffuse Control.

INTRODUÇÃO

Embora seja uma figura com aparição relativamente recente no controle de constitucionalidade realizado no direito brasileiro, o *amicus curiae* exerce atualmente um papel cada vez mais destacado, contribuindo com elementos essenciais ao deslinde de controvérsias constitucionais relevantes.

O presente trabalho tem por escopo analisar os aspectos que circundam o referido instituto, dando ênfase a sua participação no controle concentrado e, de modo mais recente, na modalidade difusa da jurisdição constitucional, notadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Iniciar-se-á esse breve estudo a partir da análise de elementos conceituais acerca do *amicus curiae*, abordando-se, também, aspectos relativos a sua origem, seja no direito comparado, seja no direito brasileiro.

Posteriormente, será analisado, em cada uma das duas grandes modalidades de controle de constitucionalidade – concentrada e difusa – o modo de atuação desse importante colaborador do órgão julgador no processo constitucional.

1 AMICUS CURIAE: ORIGEM E ELEMENTOS CONCEITUAIS

Inicialmente, cumpre registrar que a expressão latina *amicus curiae* significa, em língua portuguesa, “amigo da corte”. Em síntese, o termo se refere àquele que colabora com o órgão jurisdicional na solução de um caso, fornecendo-lhe informações úteis, bem como apresentando um novo enfoque sobre a matéria.

A doutrina aponta o direito romano como fonte do instituto, ao menos no que tange aos traços iniciais daquilo que hoje se verifica. Afirma-se que a figura do *consiliarius* fazia as vezes do *amicus curiae*, embora, no caso romano, essa colaboração de terceiros dependesse sempre da provocação do órgão julgador.

Entretanto, a questão da origem do instituto é controversa, uma vez que há quem sustente que foi no direito inglês que a figura começou a se desenvolver, mais especificamente no direito penal medieval¹.

O que parece ser incontestável, nesse ponto, é o fato de que foi nos Estados Unidos, durante o século XIX, que o instituto começou a ganhar a forma que hoje se conhece. A jurisprudência da Suprema Corte

¹ SILVESTRI, Elisabetta apud BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

norte-americana teve um relevante papel na sistematização dessa figura processual. Tendo em vista que nos países inspirados no *Common Law* os precedentes detêm grande força, em virtude do princípio do *stare decisis*, que prevê a vinculação dos mesmos, a participação da sociedade nos processos se mostrou ainda mais relevante, ocorrendo através do instituto em questão.

No direito brasileiro, o instituto teve aparição mais recente, de modo que ainda se encontra em estágio de evolução. É usual apontar-se a previsão contida no artigo 31 da Lei nº 6.385/76², que dispõe sobre o Mercado de Valores Mobiliários, criando a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, como a primeira previsão legal de atuação do *amicus curiae* na legislação pátria. Percebe-se, da análise do referido dispositivo, que se trata de uma intervenção bem restrita, atribuída apenas a uma autarquia federal, não havendo vinculação específica com a jurisdição constitucional.

Posteriormente, Lei nº 8.884/94, que dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, previu, em seu artigo 89³, outra hipótese de intervenção de *amicus curiae*, por parte do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), com abrangência igualmente restrita⁴.

No âmbito do processo constitucional, apenas com a edição da Lei nº 9.868/99 é que houve previsão normativa de atuação do *amicus curiae*, na forma do disposto no § 2º do artigo 7º do referido diploma legal⁵, que será analisado posteriormente. Ademais, referida lei também previu a atuação desse colaborador do juízo no âmbito do incidente de declaração de inconstitucionalidade realizado nos Tribunais, nos termos do § 3º do artigo 482 do Código de Processo Civil⁶.

² “Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.”

³ “Art. 89. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.”

⁴ Atualmente, norma semelhante encontra-se prevista no artigo 118 da Lei nº 12.529/11, diploma legal que revogou a Lei nº 8.884/94.

⁵ “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.
[...]”

§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorável, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

⁶ “Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.
[...]”

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorável, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

Vê-se que em nenhuma das leis citadas há referência à expressão latina *amicus curiae*, de modo que é a doutrina e a jurisprudência que associam esses dispositivos mencionados à figura processual ora analisada. De acordo com Felipe de Brito Lira Souto⁷, “ainda que esses regramentos não façam referência inequívoca ao instituto, uma vez que não se utilizam claramente da expressão latina, impõe-se reconhecer a sua existência, em face da sua perfeita identidade ao modelo processual do *amicus*”.

1.1 NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE

O tema referente à natureza jurídica do *amicus curiae* é um dos pontos mais divergentes relativos a essa figura processual. De acordo com Freddie Didier⁸, o *amicus curiae* deve ser considerado como um auxiliar do juízo.

Parcela da doutrina, como, por exemplo, Edgard Silveira Bueno Filho⁹, entende que se trata de uma assistência qualificada, uma vez que há requisitos específicos para sua admissão.

Outros autores, por sua vez, referem-se ao instituto como uma modalidade *sui generis* de intervenção de terceiros¹⁰, devido a suas particularidades que o diferenciam das formas convencionais de intervenção previstas no processo civil.

Entretanto, compreender a finalidade do instituto é mais importante do que definir, de modo incontroverso, sua natureza jurídica. De acordo com Dirley da Cunha Júnior¹¹, “com o *amicus curiae* se abre um canal de diálogo entre a Corte e a sociedade, circunstância que facilita e legitima a resolução dos graves conflitos constitucionais”.

Trata-se da consagração do modelo de interpretação constitucional aberto à sociedade, nos termos do que propõe Peter Häberle¹², segundo o qual:

7 SOUTO, Felipe de Brito Lira. *Intervenção do amicus curiae*. João Pessoa: Sal da Terra, 2008.

8 DIDIER JR., Freddie apud AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O amicus curiae e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade*. Brasília: Athalaia, 2010.

9 BUENO FILHO, Edgard Silveira apud AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: Juspodivm, 2005.

10 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

11 CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 356.

12 HÄBERLE, Peter apud CUNHA JR., Dirley da. op. cit., p. 225.

a interpretação constitucional deve ser desenvolvida sob a influência da teoria democrática, no âmbito da qual todo cidadão ativo, grupos, opinião pública e demais potências públicas representam forças produtivas da interpretação, de modo que são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando pelo menos como pré-intérpretes da Constituição.

A atuação do *amicus curiae* também deve ser vista como um fator de legitimação das decisões judiciais. Como os representantes do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, não raramente se verificam críticas a determinadas decisões, sob o argumento da falta de legitimidade do órgão julgador. Em que pese o teor inoportuno da maioria das críticas, tendo em vista que o modelo de investidura dos membros do Judiciário segue parâmetros estabelecidos na Constituição Federal, uma forma de mitigá-las é justamente admitir-se a atuação desse importante colaborador do juízo. Nesse sentido, transcreve-se a seguir importante passagem de decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, no âmbito da Medida Cautelar na ADI nº 2130/SC¹³:

A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.

Acrescente-se, ainda, a posição de Cassio Scarpinella Bueno¹⁴, que visualiza o instituto como uma consequência necessária do princípio constitucional do contraditório.

¹³ ADI 2.130-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 02.02.2001.

¹⁴ BUENO, op. cit.

Percebe-se, assim, a relevância do instituto em questão, o qual vem se consolidando na jurisdição constitucional, com aplicabilidade cada vez mais estendida, como se verá à frente.

2 ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle concentrado de constitucionalidade é aquele cuja competência é atribuída a apenas um órgão. Nos casos em que o parâmetro de controle é a Constituição da República, esse órgão, no direito brasileiro, é o Supremo Tribunal Federal.

Conforme mencionado anteriormente, apenas com a edição da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, é que passou a existir previsão legal expressa para a atuação do *amicus curiae* no âmbito do controle concentrado. Entretanto, pode-se afirmar que, antes mesmo da vigência desse diploma, o Supremo Tribunal Federal já admitia, ainda que de modo mais contido, a colaboração de terceiros no processo, conforme se verifica a partir da ementa do Agravo Regimental na ADI nº 784/RS¹⁵, cujo julgamento ocorreu bem antes da publicação do referido diploma legal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PEÇAS DOCUMENTAIS - DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - IRRECORRIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. - O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. *Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (amicus curiae):* situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção ad coadjuvandum. - Os despachos de mero expediente - como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório,

¹⁵ ADI 748 AgR, Relator(a): Ministro. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1994, DJ de 18/11/1994.

não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504). (Grifo nosso).

O artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 dispõe sobre o tema da seguinte forma:

O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

De início, impõe-se ressaltar que o referido dispositivo encontra-se inserido no Capítulo II da lei em questão, o qual se destina, a princípio, unicamente às ações diretas de constitucionalidade. Ademais, dispositivo semelhante contido no Capítulo III do diploma legal, referente às ações declaratórias de constitucionalidade, foi vetado pela Presidência da República.

Entretanto, o entendimento doutrinário que prevalece sustenta a possibilidade de atuação do *amicus curiae* nas ações declaratórias, aplicando-se, por analogia, o parágrafo supratranscrito. Também nesse sentido, a Mensagem nº 1.674, de 10/11/99, da Presidência da República, emitida por ocasião dos vetos à lei em análise, mencionou que restaria assegurada “a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º.”

2.1 REQUISITOS DE ADMISSÃO

Percebe-se, pois, que são dois os requisitos necessários para que haja a admissão do *amicus* na ação direta de constitucionalidade: a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

No que tange ao primeiro, é de se ressaltar que o controle concentrado de constitucionalidade, em razão da finalidade a que está vinculado, detém uma importância incontestável no âmbito da função jurisdicional estatal. Assim, em um primeiro momento, todas as ações diretas de constitucionalidade preencheriam esse requisito, uma vez que tratam de matéria relevante.

Todavia, conforme aduz Cassio Scarpinella Bueno¹⁶, tal requisito deve ser compreendido como “a necessidade concreta sentida pelo relator de que outros elementos sejam trazidos aos autos para fins de formação

¹⁶ BUENO, op. cit., p. 156.

de seu convencimento.” Dessa forma, a admissão do *amicus curiae* poderá ser indeferida quando a controvérsia constitucional, na visão do relator, não demandar novas informações, de modo que os elementos presentes no processo já se mostrem suficientes.

Sobre esse ponto, Felipe de Brito Lira Souto¹⁷ afirma que:

É impossível exigir que os juízes tenham conhecimento técnico aprofundado sobre todas as ciências, uma intimidade a todos os conceitos, regras, fatos etc. Logo, se os dados e informações colhidas pelo *amicus* forem esclarecedores e relevantes para o julgamento da causa, este deverá ser aceito no processo.

Em relação à representatividade dos postulantes, é importante realçar, de início, que não há exigência, para a admissão do *amicus curiae*, de que este esteja inserido no rol de legitimados para a ação direta, previsto no artigo 2º da Lei nº 9.868/99. O legislador utilizou-se da expressão “órgãos ou entidades” de modo abrangente, sem restrições. Nesse ponto, aliás, é de bom alvitre destacar que o veto da Presidência da República ao disposto no § 1º do artigo 7º da Lei em questão¹⁸ não impede a atuação dos demais legitimados, quando não figurarem no polo ativo. Nesse ponto, a título de exemplo, cite-se a decisão monocrática proferida na ADI nº 3.345¹⁹, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que foi admitida a colaboração de partido político na condição de *amicus curiae*.

Sobre a questão da representatividade do postulante à condição de *amicus*, recorre-se novamente aos ensinamentos de Cassio Scarpinella²⁰, segundo o qual:

[...] terá ‘representatividade adequada’ toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou de direito privado, que conseguir demonstrar que tem um específico *interesse institucional* na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional.

Meros interesses corporativos, que dizem respeito apenas à própria

17 SOUTO, op. cit., p. 59.

18 Eis o teor do dispositivo vetado: “Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais”.

19 Decisão publicada no DJ de 29/08/2005.

20 BUENO, op. cit., p. 161.

entidade que reclama seu ingresso em juízo, não são suficientes para sua admissão na qualidade de *amicus curiae*.

Ainda sobre essa questão, surge certa controvérsia quando se discute acerca da possibilidade de pessoas físicas atuarem na condição de *amicus curiae*.

Nesse ponto, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery²¹ sustentam que determinadas pessoas físicas, como professores ou cientistas, por exemplo, possam ser admitidos no processo, como colaboradores do juízo, desde que tenham respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria. No mesmo sentido é a posição de Cassio Scarpinella²², segundo o qual é possível, em tese, a colaboração de pessoas físicas, desde que demonstrado seu interesse institucional.

Entretanto, há de se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem rechaçado essa possibilidade, na maioria dos casos, sob o argumento de que pessoas físicas não podem figurar como *amicus curiae*. Apenas para ilustrar a posição que tem prevalecido na Corte, transcreve-se, a seguir, excerto extraído de decisão monocrática proferida pelo Ministro Cezar Peluso, na ADI nº 4.178/GO²³:

Não assiste razão ao pleito de Humberto Monteiro da Costa, Isabella Spinola Alves Corrêa, Luiz Antônio Ferreira Pacheco da Costa e Emmanuel Lopes Tobias, que requerem admissão na condição de amici curiae. É que os requerentes são pessoas físicas, terceiros concretamente interessados no feito, carecendo do requisito de representatividade inerente à intervenção prevista pelo art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, o qual, aliás, é explícito ao admitir somente a manifestação de outros “órgãos ou entidades” como medida excepcional aos processos objetivos de controle de constitucionalidade. (Grifo nosso).

Em sentido semelhante, devem-se mencionar as decisões monocráticas proferidas no âmbito da ADI nº 4.403²⁴ e da ADPF nº 205²⁵.

²¹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade apud SOUTO, Felipe de Brito Lira. op. cit.

²² BUENO, op. cit.

²³ Decisão monocrática divulgada no DJe de 15/10/2009.

²⁴ Decisão monocrática divulgada no DJe de 28/05/2010.

²⁵ Decisão monocrática divulgada no DJe de 23/02/2011.

Apesar da posição adotada nos casos referidos acima, importa ressaltar que, em decisão recente²⁶, nos autos do Mandado de Segurança nº 32.033/DF²⁷, o Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, admitiu o ingresso do Senador da República Pedro Taques como *amicus curiae*. É bem verdade que, conforme se extrai da decisão em questão, o Senador postulou seu ingresso com base não na condição de pessoa física, “mas no caráter coletivo e institucional do mandato de Senador da República e em sua atribuição de exercer o mandato em defesa da Constituição e do Estado de Direito”. Ainda assim, percebe-se que não é de todo inviável que uma pessoa física seja admitida como colaboradora do juízo, de modo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda deve consolidar o posicionamento sobre a questão.

2.2 MOMENTO DE ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE

A legislação de regência não contém dispositivo que estabeleça o momento oportuno para a intervenção do *amicus*, motivo pelo qual há certa controvérsia nessa questão.

Segundo Felipe de Brito Lira Souto²⁸:

A maioria da doutrina, por entender que o *amicus* é um instrumento de provas necessário à instrução processual, apresentando-se como um meio de colheita de informações, defende que a sua intervenção possa acontecer a qualquer tempo, desde que antes do início do julgamento.

Em um primeiro momento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que o prazo máximo para a intervenção seria aquele destinado à prestação de informações dos requeridos, o qual, nos termos do parágrafo único do artigo 6º da Lei nº 9.868/99, foi fixado em 30 dias, contados a partir da intimação dos “réus” da ação. No âmbito da ADI nº 2.937, por exemplo, o Ministro Cezar Peluso proferiu decisão monocrática²⁹ negando a intervenção de interessados em atuar como *amicis curiae* em razão da preclusão consumativa, uma vez que o pleito ocorreria após o prazo para a prestação das informações.

²⁶ Decisão monocrática divulgada no DJe de 31/05/2013.

²⁷ Embora o presente tópico seja destinado à análise da atuação do *amicus curiae* no controle concentrado, a posição adotada na referida ação mandamental pode perfeitamente ser estendida às ações diretas de inconstitucionalidade, o que justifica sua abordagem nesse momento.

²⁸ SOUTO, op. cit., p. 61.

²⁹ Decisão monocrática publicada no DJ de 08/10/2003.

Atualmente, porém, a Suprema Corte já adota posição mais flexível, possibilitando que os interessados intervenham até o momento em que o relator libera o processo para a pauta³⁰.

2.3 O AMICUS CURIAE E A INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS

Outra matéria controversa no estudo do instituto é a relativa à possibilidade de o *amicus curiae* interpor recursos.

O já referido artigo 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99 é expresso ao determinar que o despacho que admite a intervenção dessa figura processual é “irrecorrível”. Não há referência, porém, à decisão que inadmite o ingresso.

Sobre essa questão, Gustavo Binenbojm³¹ assim se manifesta:

Como exceção à regra geral da recorribilidade das decisões, a irrecorribilidade deve ser interpretada restritivamente, para alcançar apenas as decisões de conteúdo positivo. Além disso, ao contrário das decisões de conteúdo positivo, as decisões denegatórias do ingresso do *amicus curiae* causam um *agravo específico* ao postulante. Assim, havendo sofrido um agravo em seu suposto direito, há que ser reconhecido ao postulante o direito de obter o pronunciamento do colegiado a respeito de sua postulação.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a interposição de recurso por aqueles que tiveram o seu pleito de ingresso como *amicus* indeferido pelo relator. Ressalte-se que, com exceção dessa hipótese, não se tem reconhecido a legitimidade recursal desse colaborador do juízo. Nesse sentido, é expressa a ementa dos Embargos de Declaração na ADI nº 3.105³², transcrita a seguir:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE -
ADI. Amicus curiae. Recurso. Legitimidade ou legitimação recursal.
Inexistência. Embargos de declaração não conhecidos. Interpretação

³⁰ Nesse sentido, ADI 4071 AgR, Relator(a): Ministro MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgada em 22/04/2009, DJe de 15/10/2009.

³¹ BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, janeiro, 2004. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 01 jul. 2013.

³² ADI 3105 ED, Relator(a): Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgada em 02/02/2007, DJ de 23/02/2007.

do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99. *Amicus curiae* não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade, salvo da que o não admite como tal no processo. (Grifo nosso).

Entretanto, esse entendimento do Supremo Tribunal Federal pode ser alterado, a depender da conclusão do julgamento do Agravo Regimental na ADI nº 3.396, em que se questiona a legitimidade recursal do *amicus curiae* até mesmo nas hipóteses de indeferimento de seu pleito de ingresso.

Após voto do Ministro Celso de Mello, que admitiu o recurso, interposto por interessado que pleiteara seu ingresso no feito e tivera seu pedido indeferido, o Ministro Marco Aurélio abriu divergência, sustentando a posição no sentido de não se admitir o Agravo nesse caso, a qual foi seguida por mais quatro Ministros. Atualmente o julgamento se encontra suspenso, aguardando-se o voto de Ministros ausentes na ocasião.

2.4 AMICUS CURIAE E A SUSTENTAÇÃO ORAL

Conforme visto em tópico anterior, o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da vigência da Lei nº 9.868/99, já chegou a admitir a atuação do *amicus curiae* no processo de controle concentrado de constitucionalidade. Entretanto, tratava-se de uma atuação mais restrita, limitada à juntada de documentos.

Após a vigência do referido diploma normativo, surgiu certa controvérsia, não só em sede doutrinária, mas também no âmbito da Suprema Corte, acerca da possibilidade de sustentação oral por parte do *amicus curiae*.

Em um primeiro momento, a Corte Constitucional entendeu ser inadmissível a sustentação oral por parte dos *amici curiae*. No âmbito da Medida Cautelar na ADI nº 2.223/DF³³, surgiu questão de ordem em que restou assentada a posição no sentido da inadmissibilidade de sustentação oral. Nota-se, nos votos vencedores, que a adoção desse posicionamento ocorreu para que fossem evitados eventuais tumultos processuais, a depender do número de interessados admitidos no processo.

Posteriormente, porém, houve uma alteração substancial na posição da Suprema Corte, verificada no julgamento da ADI nº 2.675/PE e da ADI nº 2777/SP, conforme noticia o Informativo nº 331 do Supremo Tribunal Federal:

³³ Acórdão publicado no DJ de 05/12/2003.

Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada no julgamento das ações diretas acima mencionadas, admitiu, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo abstrato de constitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Os Ministros Celso de Mello e Carlos Britto, em seus votos, ressaltaram que o § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, ao admitir a manifestação de terceiros no processo objetivo de constitucionalidade, não limita a atuação destes à mera apresentação de memoriais, mas abrange o exercício da sustentação oral, cuja relevância consiste na abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade; na garantia de maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte, além de valorizar o sentido democrático dessa participação processual. O Min. Sepúlveda Pertence, de outra parte, considerando que a Lei 9.868/99 não regulou a questão relativa a sustentação oral pelos amici curiae, entendeu que compete ao Tribunal decidir a respeito, através de norma regimental, razão por que, excepcionalmente e apenas no caso concreto, admitiu a sustentação oral. Vencidos os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que, salientando que a admissão da sustentação oral nessas hipóteses poderia implicar a inviabilidade de funcionamento da Corte, pelo eventual excesso de intervenções, entendiam possível apenas a manifestação escrita (Lei 9.868/99, art. 7º, § 2º: “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. ... § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá por despacho irrecorrível, admitir ... a manifestação de outros órgãos ou entidades.”).

Atualmente, a questão encontra-se pacificada no âmbito daquela Corte, de modo que foi inserido, no Regimento Interno do Tribunal, através da Emenda Regimental nº 15/2004, o § 3º do artigo 131, que dispõe que “*admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento*”.

2.5 O AMICUS CURIAE E A ADPF

A arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, instrumento de aferição da constitucionalidade de atos do poder público, é regulada, no plano infraconstitucional, pela Lei nº 9.882/99.

Diferentemente da Lei nº 9.868/99, já analisada anteriormente, o diploma que dispõe sobre a arguição não trouxe regra expressa que possibilite, sem maiores discussões, o ingresso do *amicus*. Diante desse contexto, prevalece na doutrina o entendimento de que é possível aplicar-se, por analogia, o disposto no artigo 7º, § 2º, da lei que regula a ação direta de constitucionalidade, o qual, como visto, também se aplica às ações declaratórias de constitucionalidade.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a tendência tem sido aplicar o dispositivo por analogia³⁴, conforme se verificou, por exemplo, no julgamento da ADPF nº 46³⁵.

3 O AMICUS CURIAE E O CONTROLE DIFUSO

No âmbito do controle de constitucionalidade, considera-se difusa a modalidade que pode ser exercida por qualquer órgão julgador, no exercício de sua competência. Uma das características tradicionalmente atribuídas a essa espécie de jurisdição constitucional é o fato de suas decisões surtirem efeitos apenas entre as partes que compõem o processo.

Ocorre que se tem verificado, no direito brasileiro, um fenômeno denominado de “objetivação do controle difuso”, o qual tem alterado algumas características dessa modalidade de jurisdição constitucional. Nesse contexto, o interesse do resultado do processo em que se verifica a constitucionalidade de determinado ato normativo, mesmo que incidentalmente, como ocorre no controle difuso, ultrapassa a esfera de interesse das partes processuais.

Indicativo dessa tendência pode ser verificado, por exemplo, na exigência de demonstração da repercussão geral, para fins de admissibilidade do Recurso Extraordinário, nos termos do artigo 102, § 3º, da Constituição Federal³⁶.

34 Há de se fazer referência, porém, à decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio na relatoria da ADPF 54, na qual ele negou expressamente a aplicação analógica do artigo 7, §2º, da Lei 9.868/99 em sede de ADPF, indeferindo o pleito da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), que postulava a admissão na condição de *amicus curiae*. Ocorre que, no mesmo processo, o referido Ministro determinou a oitiva de diversos segmentos da sociedade, o que, na prática, atinge a mesma finalidade do instituto ora analisado.

35 Acórdão publicado em 26/02/2010.

36 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

Outro instituto que demonstra essa característica de objetivação do controle difuso é a súmula vinculante, prevista, no artigo 103-A da Constituição Federal, nos seguintes moldes:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Nota-se, nas súmulas vinculantes, que decisões reiteradas na esfera do controle difuso podem provocar o surgimento de um enunciado que vinculará, a partir de sua publicação, os demais órgãos jurisdicionais, assim como a Administração Pública.

Não se pode deixar de mencionar, ainda nesse tema, a sistemática de julgamento por amostragem de Recursos Extraordinários, conforme dispõe o artigo 543-B e seus parágrafos do Código de Processo Civil³⁷.

Analizando esse fenômeno, que vem se consolidando no ordenamento jurídico brasileiro, Filipo Bruno Silva Amorim³⁸ aduz que:

[...] decisões tomadas em outros processos de índole subjetiva, aprioristicamente falando, podem influenciar de modo direto nos resultados dos julgamentos de outras demandas, entre outras partes e com pretensões resistidas diversas das do processo paradigma. Isso

³⁷ “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

³⁸ AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O amicus curiae e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade*. Brasília: Athalaia, 2010. p. 95.

é sim objetivação dos parâmetros de julgamento de demandas *inter partes*.

Destarte, diante desse cenário, passou-se a aceitar a presença do *amicus curiae* em processos distintos das ações de controle concentrado, notadamente em virtude da relevância dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo no âmbito do controle difuso.

É bem verdade que já havia previsão legal, desde 1999, para a atuação do *amicus curiae* no incidente de declaração de inconstitucionalidade nos tribunais, nos termos do artigo 482, § 3º, do Código de Processo Civil. A referida previsão legal configura, conforme preleciona Gilmar Ferreira Mendes³⁹, uma “oportunidade para a efetiva abertura do processo de controle de constitucionalidade incidental, que passa, nesse ponto, a ter estrutura semelhante à dos processos de índole estritamente objetiva”.

Atualmente, o Código de Processo Civil também prevê a participação de “terceiros” na análise da repercussão geral, conforme dispõe o artigo 543-A, § 6º. Sobre esse ponto, recorre-se novamente aos ensinamentos de Filipo Bruno Silva Amorim⁴⁰, segundo o qual essa previsão deve ser estendida à apreciação do mérito recursal, uma vez que, na sistemática de recursos por amostragem, a decisão ali tomada repercutirá na esfera jurídica de outros interessados, cujos processos foram sobrestados. Entende o autor que esse modelo, que prestigia a celeridade e a racionalidade processuais, não pode ocasionar a perda de legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Daí surge a necessidade de admissão do *amicus curiae* nesses processos.

Em relação especificamente às ações de mandado de segurança, a admissão de *amicus curiae* é motivo de divergências. Tendo em vista as especificidades que caracterizam esse remédio constitucional, como a impossibilidade de dilação probatória, bem como pelo fato de veicular, a princípio, pretensões puramente subjetivas, há quem entenda ser inviável a aceitação dessa figura processual. Na verdade, a divergência doutrinária é mais ampla, recaindo sobre a admissibilidade das modalidades convencionais de intervenção de terceiros⁴¹, o que acaba, pelos mesmos fundamentos, atingindo o *amicus curiae*.

No sentido da inadmissibilidade, confira-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, et. al. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1124.

⁴⁰ AMORIM, op. cit.

⁴¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

MANDADO DE SEGURANÇA - PETIÇÃO INICIAL DESACOMPANHADA DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À COMPROVAÇÃO LIMINAR DOS FATOS ALEGADOS - INDISPENSABILIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - CONCEITO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - FATOS INCONTROVERSOS E INCONTESTÁVEIS - *PRETENDIDA INTERVENÇÃO DE TERCEIRO, NA CONDIÇÃO DE "AMICUS CURIAE", NO PROCESSO MANDAMENTAL* - INADMISSIBILIDADE - RECURSOS DE AGRADO IMPROVIDOS. - Refoge, aos estreitos limites da ação mandamental, o exame de fatos despojados da necessária liquidez, não se revelando possível a instauração, no âmbito do processo de mandado de segurança, de fase incidental de dilação probatória. Precedentes. - A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico-processual, ao conceito de situação decorrente de fato contestável e inequívoco, suscetível de imediata demonstração mediante prova literal pré-constituída. Precedentes. - *Não se revela juridicamente possível a invocação da Lei nº 9.868/99 (art. 7º, § 2º) para justificar o ingresso de terceiro interessado, em mandado de segurança, na condição de "amicus curiae". É que a Lei nº 9.868/99 - por referir-se a processos de índole eminentemente objetiva, como o são os processos de controle normativo abstrato (RTJ 113/22 - RTJ 131/1001 - RTJ 136/467 - RTJ 164/506-507, v.g.) - não se aplica aos processos de caráter meramente subjetivo, como o processo mandamental.* - Não se revela admissível a intervenção voluntária de terceiro, “ad coadiuvandum”, na condição de assistente, no processo de mandado de segurança. Doutrina. Precedentes. (MS 26553 AgR-AgR, Relator(a): Ministro CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2007, DJe de 15/10/2009). (Grifos nossos).

Entretanto, há de se ressaltar o teor do recente julgamento do Mandado de Segurança nº 32.033/DF, já referido anteriormente, em que o Supremo Tribunal Federal admitiu o ingresso de *amicus curiae*, ressaltando-se que essa atuação é possível em processos com perfil de transcendência subjetiva.

A partir desse julgado, pode-se afirmar que a tendência da Suprema Corte, no que tange ao controle difuso de constitucionalidade, é admitir o ingresso do *amicus* em qualquer modalidade de ação ou recurso, aferindo-se apenas, para fins de aceitação do pleito de ingresso dos interessados, o perfil transsubjetivo da causa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebeu-se, ao longo dessa breve explanação, que a cada vez maior inserção do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro se mostra como uma importante ferramenta de legitimação das decisões judiciais. Se, parafraseando conhecido brocardo jurídico latino, o Direito está onde a sociedade se faz presente, nada é mais adequado do que a colaboração da sociedade na atuação judicial, notadamente nos casos que envolvem discussões constitucionais.

As relações jurídicas postas à apreciação do Judiciário, seguindo o ritmo da evolução social, afiguram-se cada vez mais complexas, de modo que os julgadores, por mais preparados que sejam, não terão à disposição todo o conhecimento necessário para proferir a decisão mais adequada. Nesse sentido, a participação da sociedade civil, materializada através do *amicus curiae*, surge como um meio de aperfeiçoamento do exercício da função jurisdicional.

Apesar de a legislação brasileira não se utilizar do termo *amicus curiae*, viu-se que a sua previsão pode ser constatada em diversos enunciados normativos, de modo que cabe à doutrina e à jurisprudência pátrias consolidar os contornos do instituto em questão. É importante que haja uma exegese ampliativa acerca dessa figura processual, como tem ocorrido com sua aceitação no controle difuso, de sorte a possibilitar essa constante evolução analisada no presente trabalho. O processo constitucional se redefine a cada nova controvérsia surgida. E o *amicus curiae* se apresenta como um importante colaborador nesse cenário promissor.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: Juspodivm, 2005.
- AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O amicus curiae e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade*. Brasília: Athalaia, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, janeiro, 2004. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 01 jul. 2013.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártilres. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUTO, Felipe de Brito Lira. *Intervenção do amicus curiae*. João Pessoa: Sal da Terra, 2008.

INVIABILIDADE JURÍDICA DE CONDENAÇÃO DA UNIÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS AOS ANISTIADOS BENEFICIADOS PELA LEI N.º 8.878/94. ATUAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO EM AÇÕES QUE TENHAM ESSE OBJETIVO

*LEGAL INFEASIBILITY OF CONDEMNATION OF THE UNION FOR
PAYMENT OF PUNITIVE AND COMPENSATORY DAMAGES BY LAW
8878 FOR THE AMNESTY BENEFITED. ACTION OF ADVOCACIA
GERAL DA UNIÃO (ATTORNEY GENERAL'S OFFICE) IN LAWSUITS
THAT HAVE MAIN REQUEST THIS CONDEMNATION*

Mariana Munhoz da Mota
Advogada da União em exercício na Procuradoria-Geral da União
Especialista em direito público pela Faculdade Projeção

SUMÁRIO: Introdução; 1 A anistia da Lei n. 8.878/94; 2; Responsabilidade civil do Estado; 3 Ausência de elementos que justifiquem a reparação de danos – argumentos utilizados na defesa judicial da União; 4 Jurisprudência atual sobre a matéria; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Busca-se por meio deste artigo científico demonstrar o descabimento de indenização por danos morais e materiais aos empregados readmitidos no serviço público por força da Lei n.º 8.878/94, cujos requerimentos foram analisados pela Comissão Interministerial após grande lapso temporal. Pretende-se demonstrar que o advento do Decreto n.º 1.499/95 não ensejou dano material ou moral a ser indenizado, sendo incabível a condenação da União à reparação de danos, porquanto inexistentes os elementos necessários para caracterização da responsabilidade civil do Estado. Busca-se, ainda, comprovar que a anistia concedida pela mencionada lei condicionou o retorno ao serviço público à existência de disponibilidade orçamentária. Por fim, objetiva-se analisar a jurisprudência atual quanto ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo. Anistia. Dano Moral. Descabimento. Elementos da Responsabilidade Civil. Inexistência.

ABSTRACT: This scientific article's main objective is to prove that are not acceptable the punitive and compensatory damages to employees reinstated to public service by the Law number 8.878/94, whose applications were reviewed by the Interministerial Commission after large time elapsed. It also intends to demonstrate that the advent of the Decree number 1.499/95 don't lead punitive and compensatory damages to be indemnified, being not acceptable the condemnation the Union to repair damages, due to the fact that are no elements needed to characterize the liability of the State. Pursues also to confirm that the amnesty issued by the said law conditioned the return to public service to the existence of budget availability. Finally the objective is to analyze the jurisprudence on the topic.

KEYWORDS: Administrative Law. Amnesty. Punitive Damage. Civil Liability of State. Not Acceptable for Compensation.

INTRODUÇÃO

A Lei n.^o 8.878/94 instituiu, no ordenamento jurídico brasileiro, a denominada anistia para os empregados e servidores públicos que foram demitidos ou exonerados durante o Governo Collor.

Essa norma determinou que os servidores demitidos, dispensados ou exonerados: (i) com violação de dispositivo constitucional ou legal; (ii) com violação cláusula de acordo, convenção ou sentença normativa; (iii) por motivação política ou em decorrência de participação de movimento grevista, retornassem ao serviço.

O escopo da norma foi permitir que eventuais dispensas arbitrárias praticadas entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992 fossem revistas pela Administração, após o transcurso de procedimento administrativo instaurado para essa finalidade. Assim, garantiu-se apenas que as demissões seriam reavaliadas, não havendo qualquer direito automático de retorno ao serviço.

Nesse sentido, ao longo dos anos diversos requerimentos foram analisados no âmbito da Comissão criada para essa finalidade, e inúmeros servidores retornaram ao serviço após a conclusão de seus processos administrativos.

No entanto, esses servidores, mesmo depois de reintegrados nos termos da legislação em vigor, têm ajuizado ações condenatórias em face da União, objetivando uma pretensa reparação por danos morais e materiais em virtude do lapso temporal que permaneceram afastados do serviço público.

Tais servidores alegam que o Decreto n.^o 1.499/95, ao suspender todos os procedimentos administrativos referentes à anistia instituída pela Lei n.^o 8.878/94, lhes causou prejuízo, uma vez que os impediu de retornar ao serviço público naquele momento.

Argumentam, assim, ser aplicável o art. 37, §6º da Constituição Federal, que determina que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

O presente artigo tem como objetivo analisar, com fundamento na legislação, jurisprudência e doutrina sobre a matéria, a viabilidade de tal pretensão, e ao final, concluir pela impossibilidade de imputar responsabilidade ao Ente Público, em razão de não estarem presentes os elementos ensejadores da responsabilidade civil do Estado.

Ademais, objetiva-se analisar a atuação da Procuradoria-Geral da União e de seus órgãos de execução em ações que tenham por objeto tais indenizações, destacando que os Tribunais Regionais Federais, bem

como o Superior Tribunal de Justiça, com fundamento nos argumentos apresentados pelo órgão de representação judicial da União, têm firmado jurisprudência no sentido de ser inviável a pretensão dos administrados.

1 A ANISTIA DA LEI N.^o 8.878/94.

A Lei n.^o 8.878/94 concedeu anistia aos servidores e empregados de empresas estatais exonerados, despedidos ou dispensados no período compreendido entre 13 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, nas seguintes condições:

Art. 1º É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido:

I - exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal;

II - despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa;

III - exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, ao servidor titular de cargo de provimento efetivo ou de emprego permanente à época da exoneração, demissão ou dispensa.

Para analisar os pedidos de reconhecimento de anistia, foi criada uma Comissão Especial de Anistia e Subcomissões Setoriais, nos termos do art. 5º da mencionada lei. E assim, os pedidos começaram a ser analisados no âmbito de Administração.

Ocorre que, em virtude de vários indícios de irregularidades, foi publicado o Decreto n.^o 1.498/95, determinando o reexame das decisões já proferidas por uma Comissão Especial de Revisão dos Processos de Anistia. Nesse sentido, foi a previsão do art. 1º do Decreto, *in verbis*:

Art. 1º. É constituída, no âmbito do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Comissão Especial de Revisão dos Processos de Anistia, com a finalidade de:

I - Reexaminar as decisões que acolheram pedidos de anistia proferidas pelas Subcomissões Setoriais, assim como aquelas proferidas nos recursos interpostos perante a Comissão Especial, referidas no art. 5º da Lei n.º 8.878, de 11 de maio de 1994;

II - Apreciar os recursos pendentes de julgamento no âmbito da Comissão Especial a que alude o inciso anterior.

Posteriormente, foi constituída uma Comissão Interministerial para levar adiante o trabalho de revisão de decisões concessivas de anistia, nos termos do Decreto n.º 3.363/00. Em seguida, o Decreto n.º 5.115/04 criou a Comissão Interministerial – CEI, para rever as decisões tomadas pelas comissões revisoras previstas nos decretos anteriores.

Em razão do histórico narrado, a análise dos requerimentos de anistia restou prejudicada, e somente após a constituição da Comissão Interministerial – CEI os processos voltaram a ser analisados. Desde então, diversos servidores tiveram seu pleito julgado procedente, e retornaram ao serviço público.

Importante mencionar que a Comissão Interministerial analisa a existência de todos os requisitos necessários para que o servidor faça jus ao benefício legal. Trata-se de análise apurada, que demanda tempo, não se podendo falar que a mora da Administração ocasionou qualquer tipo de dano indenizável aos requerentes.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A noção de responsabilidade está atrelada ao fato de que alguém deve responder perante o ordenamento jurídico em razão de algum ato anterior que praticou. Tal responsabilidade pode ocorrer em três esferas distintas e independentes entre si: civil, penal e administrativa.¹

A responsabilidade civil é aquela que decorre da obrigação que um indivíduo tem de reparar o dano ou prejuízo que cause a outrem. Nos termos do Código Civil de 2002:

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 543 e 544.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assim, todo aquele que causar dano a outrem deve responder por tal ato. Essa obrigação também se estende ao Estado de Direito, que deve observância à Constituição e às leis.

No decorrer da história, várias foram as teorias que tentaram explicar a responsabilidade civil do Estado. No século XIX, entendia-se que o Estado não podia ser responsabilizado pelos atos que seus agentes praticassem. Vigorava o entendimento de que o governante não errava.

No entanto, essa ideia foi substituída pela noção de Estado de Direito, segundo a qual deveriam ser atribuídos ao Estado os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas. Assim, surgiu a teoria da responsabilidade subjetiva, e posteriormente a teoria da culpa administrativa.

José dos Santos Carvalho Filho leciona que:

A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de PAUL DUEZ, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou. A doutrina, então, cognominou o fato como culpa anônima ou falta do serviço.

A falta do serviço podia consumar-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer o seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa.²

A teoria da culpa administrativa, entretanto, foi substituída pela teoria da responsabilidade objetiva, segundo a qual basta a comprovação do nexo de causalidade entre o fato e o dano para que seja imputada a

² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 546.

responsabilidade ao Estado. Dispensa-se, portanto, a existência de dolo ou culpa.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, no entendimento da doutrina majoritária, essa regra, ao dispor no artigo 37, §6º que:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Para configuração da responsabilidade civil do Estado, é necessária a presença de três elementos: a) dano material ou moral sofrido por alguém; b) ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão.³

A coexistência desses elementos é imprescindível para a imputação de responsabilidade. Assim, se algum desses elementos não estiver presente, não há que se falar em responsabilidade. Ademais, segundo preconiza a doutrina mais abalizada, em casos de omissão a responsabilidade civil do Estado é subjetiva, devendo-se comprovar a existência de dolo ou culpa.

3 AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A REPARAÇÃO – ARGUMENTOS UTILIZADOS NA DEFESA JUDICIAL DA UNIÃO

Nas diversas ações que tramitam na Justiça Federal sobre o tema, os órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União têm apresentado irrefutáveis argumentos contrários à pretensão indenizatória.

Primeiramente, destaca-se nas peças apresentadas em juízo que a anistia prevista na Lei nº 8.878, de 11/05/1994, em nenhum momento tornou obrigatório o retorno do anistiado de forma imediata e incondicional. Ao contrário, condicionou a readmissão do anistiado ao cargo ou emprego anteriormente ocupado à observância do disposto no art. 3º dessa lei, que é taxativo:

Art. 3. Observado o disposto nesta Lei e de acordo com as necessidades e disponibilidades orçamentárias e financeiras da Administração, o Poder Executivo deferirá o retorno ao serviço dos servidores ou empregados despedidos arbitrariamente no período a que se refere o art. 1º.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 1223

Pela disposição acima transcrita, fica evidente que o simples deferimento da anistia não implicava, necessariamente, o retorno do servidor ao cargo ou emprego público anteriormente ocupado, uma vez que isso estava condicionado, pela Lei, às “necessidades e disponibilidades orçamentárias e financeiras da Administração”. Caracteriza-se, assim, mera expectativa de direito.

Portanto, mesmo com os atos concessivos da anistia, nos termos da Lei nº 8.878/94, ainda assim não estaria a Administração obrigada a recebê-lo de volta, se não atendidos os requisitos de necessidade e disponibilidade orçamentária e financeira estabelecidos pela Lei.

Destarte, antes de qualquer decisão proferida pela Comissão Interministerial não havia se falar em direito dos servidores requerentes ao retorno ao serviço público, uma vez que a anistia ainda estava sendo apreciada.

Ademais, descabe falar em mora administrativa. O tempo dissipado até a efetivação do retorno ao emprego público não decorreu de mera omissão do administrador, mas sim da não verificação de todos os requisitos legais para o ato durante tal período. Não se pode imputar à Administração, destarte, a responsabilidade pela demora até a efetivação do retorno ao cargo anteriormente ocupado pelo Autor.

Não bastasse, a Lei nº 8.878/94 é expressa no tocante aos efeitos financeiros da anistia, quando os condiciona ao efetivo retorno do anistiado à atividade: *A anistia a que se refere esta lei só gerará efeitos financeiros a partir do efetivo retorno à atividade, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.*⁴

Observe-se que a lei fala em retorno, e não reintegração. Os conceitos são totalmente distintos. Segundo o art. 28 da Lei nº 8.112/90:

Reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.

Retorno, por sua vez, é a nova admissão, sem direito às vantagens ou indenização decorrentes do tempo em que o empregado esteve afastado.

Por outro lado, deve-se destacar que os empregados dispensados à época foram demitidos, tendo, inclusive, feito jus às verbas rescisórias pertinentes.

⁴ Art. 6º, Lei nº 8.878/94

Quanto à responsabilidade civil do Estado, destaca-se que o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, ao dispor que o Estado responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, se aplica a possíveis danos em desfavor de terceiro, estranho à Administração, e não a agentes públicos com quem o Estado entretém relação jurídica, como seria o caso presente.

Neste sentido, leciona o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho, *in verbis*:

A segunda conclusão a ser destacada está relacionada com o vocábulo terceiros, constante do texto em exame. ‘Terceiro’ indica alguém estranho à Administração Pública, alguém com o qual o Estado não tem vínculo jurídico preexistente. Logo, o § 6º do art. 37 da Constituição só se aplica à responsabilidade extracontratual do Estado. Não incide nos casos de responsabilidade contratual, porque aquele que contrata com o Estado não é terceiro; já mantém vínculo jurídico com a Administração, pelo quê, ocorrendo o inadimplemento estatal, a responsabilidade deverá ser apurada com base nas regras que regem o contrato administrativo.⁵

Além disso, mesmo que se entendesse que tal dispositivo se aplicaria aos casos de anistia, convém destacar que a doutrina mais abalizada, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, sustenta que o referido § 6º do art. 37 da CF não impõe ao Estado a responsabilidade por danos decorrentes de sua omissão, se esta não decorreu de uma negligência, imprudência ou imperícia. A responsabilização por ação do Estado induvidosamente é objetiva, seja o ato lesivo lícito ou ilícito. No entanto, se o dano decorreu de uma omissão, só será imputado ao Estado caso o mesmo tivesse o dever de agir e não agiu, ou agiu mal ou a destempo, ou seja, se decorreu de um comportamento ilícito do Estado. Nesse sentido:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou inefficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele a Autora do dano. E, se não foi a Autora, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é, só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu o dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso,

⁵ CAVALIERI FILHO. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. Malheiros. 2005. p. 260

faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constitua em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.⁶

Assim, mesmo que se admitisse a existência de responsabilidade da União nesses casos, esta, como visto acima, seria subjetiva, demandando demonstração de culpa ou dolo.

Ressalte-se que o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal é nesse sentido, conforme pode-se extrair do seguinte precedente jurisprudencial:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. CF., art. 37, § 6º.

I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes - a negligência, a imperícia ou a imprudência - não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

II. - A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.

III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso.

IV. - RE conhecido e provido.⁷

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. p. 818-819.

⁷ RE 382.054/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 01-10-2004.

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ATO OMISSIVO - MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO.

1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.
2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.
3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.
4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente.
5. Incidência de indenização por danos morais.
7. Recurso especial provido.⁸

O fato é que não existe em tais casos culpa ou dolo para caracterizar a responsabilidade da Administração por eventual omissão.

Cumpre ainda ressaltar que os servidores que apresentam tais ações perante o Poder Judiciário não comprovam ter permanecido em inatividade no período que medeia sua demissão e o retorno ao serviço público, presumindo-se, na falta de tal prova e considerando o tempo transcorrido, que exerceu atividade econômica no período.

Dessa forma, o acolhimento da pretensão ensejaria verdadeiro enriquecimento sem causa desses cidadãos, podendo ainda, dependendo da atividade que eventualmente tenha exercido no período, representar,

⁸ REsp 602.102/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 21.02.2005.

por via transversa, violação da proibição de cumulação de cargos ou empregos públicos (art. 37, XVI e XVII, da CRFB).

Ainda, especificamente quanto aos danos morais, percebe-se que não se verificam na hipótese também por outras razões. A apontada demora na readmissão dos servidores constitui mero aborrecimento, insusceptível de caracterizar um dano moral.

De fato, é pacífica a jurisprudência de que mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral. Verifica-se um efetivo abalo moral quando a pessoa sofre um ataque à sua dignidade pessoal, fato não verificado com o simples transcurso do tempo necessário ao implemento de todas as condições exigidas para a readmissão dos anistiados.

Por essa razão, não há se falar em indenização por danos contra a União.

4 JURISPRUDÊNCIA ATUAL SOBRE A MATÉRIA

Muito embora ainda não exista precedente firmado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu em diversos julgados que a pretensão dos anistiados não merece prosperar. Nesse sentido, confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO DURANTE O GOVERNO COLLOR. ANISTIA PELA LEI N. 8.878/1994. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o provimento jurisdicional é dado na medida da pretensão deduzida.
2. O art. 6º da Lei n. 8.878/1994 dispõe que a readmissão aos cargos ou empregos públicos somente gerará efeitos a partir do efetivo retorno à atividade, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo
3. Nos termos da jurisprudência do STJ, não é devida qualquer espécie de pagamento retroativo aos servidores de que trata a Lei n. 8.878/94, mas somente a partir do seu efetivo retorno à atividade, razão pela qual não há falar em indenização por danos materiais e

morais pela mora na readmissão. Aplicação da Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido.⁹

Da mesma forma vem se firmando a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais. No Tribunal Regional Federal da 1^a Região, embora ainda não exista consenso, já existem precedentes acolhendo os argumentos trazidos pela Advocacia-Geral da União, reconhecendo a impossibilidade de imputação de responsabilidade civil em tais casos. Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ANISTIA DA LEI N. 8.878/94. SERVIDOR ADMITIDO SEM CONCURSO PÚBLICO. MENOS DE CINCO ANOS DE ATIVIDADE. READMISSÃO. MERA LIBERALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO OU DE INTERESSE LEGÍTIMO. DEMORA NO RESPECTIVO PROCESSO. DIREITO A INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. O apelante relata que, admitido no serviço em 09/07/1986, fora demitido de forma arbitrária e inconstitucional em 30/09/1990, com posterior anulação do referido ato pela Subcomissão Setorial de Anistia (Lei n. 8.871/1994), tendo seu retorno sido adiado para 10/02/2009 em virtude do Decreto n. 1.499/1995, motivo pelo qual requer pagamento de indenização por danos materiais e morais.

2. Não há prescrição (quinquenal) porque a mora administrativa, em razão da qual se pede indenização, perdurou até a reintegração no serviço, em 10/02/2009, tendo a ação sido protocolada em 28/06/2010.

3. O apelante não se submetera a concurso público, nem possuía, pois, o mínimo de cinco (5) anos de trabalho, que poderia dar ensejo a aplicação retroativa do art. 54 da Lei n. 9.784/1999. Sua admissão ao serviço público era inválida e ainda não havia transcorrido o tempo mínimo que, salvo comprovada má-fé, impede anulação do ato de que decorra efeitos favoráveis ao particular.

4. Desse modo, descaracterizado fica o poder-dever da administração de anular o ato de demissão, em face da Lei n. 8.878/94, uma vez que

⁹ AgRg no Resp 1443412/PE, 2^a Turma, publicado no DJe em 22/05/2014. No mesmo sentido: AgRg no REsp 1362325/PE, AgRg no Resp 1267939/PR, Resp 1369957/PE, AgRg no Resp 1345496

no momento da demissão já havia, em sentido oposto, o poder-dever de anular a admissão, sem concurso, ao serviço público.

5. Poder-se-ia alegar que a aplicação da Súmula 473-STF não dispensa o devido processo legal, de modo que a demissão do autor teria sido de qualquer modo ilegal, uma vez que desprovida desse requisito. Acontece que a desatenção ao devido processo legal não justificaria reintegração de servidor admitido sem concurso, mas apenas indenização específica pela omissão em si mesma, no caso, suscetível de reivindicação perante a justiça trabalhista, direito esse prescrito dois anos após a demissão.

6. Em resumo, a “anistia” da Lei n. 8.878/94 não poderia criar o poder-dever da Administração de reintegrar ex-servidor que fora admitido sem concurso público e ainda não possuía, no momento da demissão, cinco anos de atividade. Sua reintegração foi, pois, uma mera liberalidade.

7. Se não havia direito subjetivo ou interesse legítimo à reintegração, muito menos há direito a indenização pela demora na decisão do respectivo processo.

8. Apelação parcialmente provida para, afastada a prescrição declarada na sentença - e aplicado o art. 515, § 3º, do CPC -, julgar improcedente o pedido.¹⁰

Os demais Tribunais Regionais também já possuem precedentes reconhecendo a inexistência de responsabilidade civil da União em tais casos. Acolhendo os argumentos lançados pelo órgão de representação judicial da União, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região destacou que não há dano moral, pois

a medida não atingiu apenas a Autora, mas uma centena de funcionários, sendo claro o propósito de redução de quadro de pessoal em atendimento às diretrizes do Governo Federal. A demissão em razão de contenção de gastos resultante de política governamental implantada no País não caracteriza dano moral, de

¹⁰ Apelação Cível n.º 0032148-35.2010.4.01.3400, 5ª Turma, publicado no e-DJF1 em 12/08/2013. No mesmo sentido: Apelação Cível n.º 2006.30.00.000629-7, 3ª Turma Suplementar, publicado no e-DJF1 em 17/10/2012, Apelação Cível n.º 2004.38.00.043047-0, 3ª Turma Suplementar, publicado no e-DJF1 em 31/05/2012, Apelação Cível nº 1998.34.00.017586, publicado no DJ de 04.12.2006, p. 6.

maneira a causar dor insuperável e abalar a esfera íntima dos seus destinatários. A responsabilidade civil da Administração Pública, a princípio, de acordo com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é objetiva. Entretanto, a responsabilidade por omissão estatal assenta-se no binômio ‘falta do serviço – culpada Administração’. Em tais hipóteses, o dever de indenizar surge quando o Estado devia e podia agir, mas foi omissivo, e, dessa omissão, tenha resultado dano a terceiro. De fato, não se pode dizer que o Estado é o autor do dano [...]¹¹

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por sua vez, em recente precedente, destacou que

[...] O pedido de indenização por danos materiais, correspondente aos salários que a autora deixou de receber desde a suspensão do seu processo de anistia até sua readmissão, e de danos morais, não merece provimento. Primeiro, porque os decretos que determinaram a revisão das anistias concedidas decorrem do poder/dever da Administração Pública de rever os seus próprios atos, de acordo com a oportunidade e conveniência, ou anulá-los, quando eivados de vícios. Segundo, porque o art. 6º da Lei nº 8.878/94 vedou expressamente a atribuição de efeito remuneratório retroativo. Terceiro, porque o reconhecimento da condição de anistiado não gerava por si só o direito à readmissão imediata, devendo ser verificadas as necessidades e disponibilidades orçamentárias e financeiras da Administração, conforme previsto no art. 3º da mencionada lei [...].¹²

Da mesma forma já entendeu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, ao julgar a Apelação/Reexame Necessário nº 00126498820124036100 assim se manifestou:

ADMINISTRATIVO - SERVIDORES PÚBLICOS DEMITIDOS NO GOVERNO COLLOR - ANISTIA CONCEDIDA PELA LEI 8.878 /94 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DEMORA NA APRECIAÇÃO DO PROCESSO. DESCABIMENTO. Nos termos da legislação aplicada aos processos de anistia de ex-servidores demitidos no Governo ‘Collor’, inexiste direito à percepção de valores retroativos a qualquer título em razão do desligamento. A Lei 8.878/94 prevê a readmissão do servidor,

¹¹ Apelação Cível nº 201251010408290, publicado no e-DJF2R em 09/12/2013.

¹² Agravo na Apelação Cível nº 20098300006694401, publicado em 31/10/2013.

faculdade que se insere no poder discricionário da Administração e cujos efeitos operam ex nunc. Os efeitos da anistia não retroagem, sequer tornam nulos ou desconstituem atos administrativos pretéritos. O art. 3.º da Lei n.º 8.878/94 não estabeleceu qualquer prazo para que a Administração Pública readmitisse os trabalhadores anistiados, ficando o retorno dos servidores ou empregados a critério da Administração, de acordo com suas necessidades orçamentárias e financeiras. Inserindo-se a readmissão dos servidores no âmbito discricionário da Administração não que se falar em direito à indenização pela demora na decisão do respectivo processo. Remessa oficial e apelação da União a que se dá provimento, para julgar improcedentes os pedidos da autora.

Verifica-se, assim, que os Tribunais Pátrios vêm acolhendo os argumentos apresentados pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União, no sentido de que o simples reconhecimento da condição de anistiado não geraria, por si só, o direito à imediata readmissão, porque condicionado à verificação das necessidades e disponibilidades orçamentárias e financeiras da Administração.

5 CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se inexistirem elementos para configuração da responsabilidade civil do Estado em razão do lapso temporal transcorrido para readmissão de servidores beneficiados pela anistia prevista na Lei n.º 8.878/94.

Não há dano material a ser indenizado, pois a Lei n.º 8.878/94 é expressa ao determinar que os efeitos financeiros somente seriam gerados após o retorno à atividade, sendo vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo. Ademais, não há comprovação de que tais servidores não exerceram qualquer tipo de atividade remunerada durante o período em que o processo administrativo foi analisado.

Também não há que se falar em dano moral, porquanto prevalece nos Tribunais brasileiros o entendimento de que meros dissabores e aborrecimentos não configuram dano moral a ser indenizado.

A atuação dos órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União tem-se mostrado importante para impedir que os recursos públicos sejam onerados com indenizações descabidas. O Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, em precedentes recentes, acolheram a tese defendida pela representação judicial da União, julgando improcedentes tais pleitos.

É certo que eventuais injustiças ou arbitrariedades cometidas pela Administração devem ser revistas. No entanto, não há razão para que indenizações descabidas sejam pagas com dinheiro público, devendo a Advocacia-Geral da União adotar todas as medidas cabíveis para evitar a procedência de tais ações.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. Malheiros Editores. 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* 13. ed.

Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1^a Região. Disponível em: <www.trf1.jus.br>.

Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2^a Região. Disponível em: <www.trf2.jus.br>.

Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5^a Região. Disponível em: <www.trf5.jus.br>.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

A FUNÇÃO CONSULTIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

THE ADVISORY FUNCTION OF THE ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*Mateus Levi Fontes Santos
Advogado da União em exercício na Conjur/MDIC
Chefe da Divisão de Assuntos Administrativos
Especializando em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Histórico recente da advocacia pública consultiva federal; 2 Natureza jurídica da função consultiva; 3 Vertentes da função consultiva; 4 Responsabilização do parecerista; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O vertente artigo propõe-se a abordar alguns temas relativos à função consultiva da Advocacia-Geral da União. Apresenta um breve histórico de sua formação, seus antecedentes e estruturação após a Constituição Federal de 1988. Endossa o entendimento de que a função consultiva ostenta a natureza jurídica de controle de legalidade/juridicidade. Aborda as linhas concretas de atuação da função consultiva, tais quais a interpretação da legislação; assessoramento jurídico na elaboração de atos normativos; o exame dos textos de edital de licitação, contratos, convênios e congêneres, assim como prestação de subsídios aos órgãos jurídicos do contencioso. Por fim, expõe, objetivamente, o tema da responsabilidade do parecerista, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Função Consultiva. Natureza Jurídica. Linhas de Atuação. Responsabilidade do Parecerista.

ABSTRACT: The present article aims to address some issues related to the advisory role of the *Advocacia-Geral da União*. It presents a brief history of its formation, its background and organization after the Constitution of 1988. Endorse the view that the advisory function bears the legal control of lawfulness /legality. Addresses the concrete lines of action of the advisory function, such which interpretation of law; legal advice in drafting normative acts; examination of the texts of the bidding documents, contracts, agreements and similar, as well provision of subsidies to the bodies of the legal litigation. Finally, exposes, objectively, the theme of the responsibility of the advisory lawyer, in the light of the jurisprudence of the Supreme Court.

KEYWORDS: Advisory Function. Legal Nature. Lines of Action. Responsibility of the Advisory Lawyer.

INTRODUÇÃO

Advocacia-Geral da União (AGU), concebida pela Constituição de 1988 e aparelhada após o advento da LC nº 73/93, além de contemplar órgãos contenciosos próprios, avocou a incipiente estrutura consultiva até então existente, remodelando-a, de maneira a lhe conferir maior coordenação, funcionalidade e eficiência.

Assim, a AGU, por intermédio seus inúmeros os órgãos jurídicos consultivos, em seu novo formato, vem desempenhando a exponencial função de conceder o substrato jurídico necessário à viabilização de políticas públicas legítimas, o que não contrapõe – antes reforça – a conclusão de que a função consultiva é sim de controle de juridicidade.

Com efeito, seja na fixação da interpretação da legislação; no controle interno da legalidade dos atos administrativos; no assessoramento jurídico na elaboração de atos normativos; no exame dos textos de edital de licitação, contratos, convênios e congêneres ou no envio de subsídios aos órgãos jurídicos do contencioso, a AGU atua com vistas ao *aperfeiçoamento da ordem jurídica*, usando a expressão de Moreira Neto.

À vista da relevância e imprescindibilidade da atuação consultiva da AGU a nosso Estado Democrático de Direito, o vertente artigo propõe-se a discorrer, de forma objetiva e pontual, sobre alguns aspectos relativos ao histórico da advocacia consultiva federal, à sua natureza jurídica, às vertentes de atuação, bem como a tecer alguns comentários sobre a responsabilidade do parecerista.

1 HISTÓRICO RECENTE DA ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA FEDERAL

Diferentemente da função contenciosa, o exercício da função consultiva por órgãos específicos, no âmbito federal, não é produto da nossa ordem constitucional vigente. Já no início do século XX, em substituição ao Ministério Público Federal que, nas pessoas dos Procuradores da República, também exercia as funções de responder as consultas de Secretários de Estado, em matérias extrajudiciais, o Decreto nº, 967, de 2 de janeiro de 1903, instituiu o cargo de *Consultor Geral da República*.

Em 7 de janeiro de 1946, ampliou-se a estrutura consultiva da União mediante o Decreto-lei nº 8564, de 7 de janeiro de 1946, que, dentre outras coisas, previu a livre nomeação pelo Presidente da República do cargo de Consultor Jurídico de Ministérios e do Departamento

Administrativo de Serviços Públicos e criou os cargos de Consultor Jurídico dos Ministérios da Educação e da Saúde.

Por sua vez, o Decreto nº 41.249, de 5 de abril de 1957, aprovou o regimento do gabinete do Consultor-Geral da República, que previa o cargo de Assistente do CGR, que, de seu turno, posteriormente seria transformado em Assistente Jurídico. Assim, durante as décadas de 1960, 1970 e 1980 subsistiu a carreira de Assistente jurídico, que atuava na Consultoria Geral da República e nas Consultorias Jurídicas dos Ministérios e das Secretarias de Governo¹.

Sucede que até 1986, enquanto o *Parquet* federal desempenhava a função de defender em juízo a União, no âmbito de cada Ministério, os órgãos responsáveis pela assessoria jurídica atuavam apenas nos assuntos de competência da Pasta e o faziam de maneira totalmente isolada das demais Consultorias Jurídicas dos outros Ministérios. Assuntos *interna corporis* de maior relevância, por sua vez, eram submetidos à apreciação da Consultoria-Geral da República – o órgão consultivo máximo – cujas manifestações, se aprovadas pelo Presidente da República, ostentavam um caráter vinculante para toda a Administração Pública Federal. O grande idealizador da Advocacia-Geral da União, Saulo Ramos, relata a situação da época:

Meu susto consistiu em verificar que a União não tinha, na estruturação, nenhuma organização ou sistema de intercâmbio de apoio que funcionasse na defesa do interesse público federal, trocando estudos, colecionando jurisprudência, debatendo questões, ajudando-se reciprocamente.

A atividade era estanque, isto é, cada ministério tinha seus assistentes jurídicos (e mal remunerados), que atendiam aos casos internos, proferindo pequenos pareceres sobre a matéria controvertida. Quando surgia uma ação judicial contra a União, ou quando a União tinha que propor uma ação judicial contra alguém, o assunto era estudado isoladamente, no ministério que tivesse competência administrativa para tratar da matéria. Os outros não ficavam nem sabendo.

¹ 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, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009. p. 44.

E o encarregado de propor a ação ou defender a União era simplesmente um estranho: o Ministério Público Federal. Nos assuntos internos, quando havia divergência, os ministros mandavam o problema para a Presidência da República, ouvia-se o Consultor-Geral da República, que proferia parecer. Aprovado pelo Presidente, o parecer tornava-se norma obrigatória para toda a administração pública federal. Pelo lado de dentro, o sistema funcionava razoavelmente. Mas, do lado de fora, era um desastre.²

Por influência de Saulo Ramos, à época Consultor-Geral da República, o então Presidente da República, José Sarney, expediu o Decreto Executivo nº 93.237, de 8 de setembro de 1996, que criou a Advocacia Consultiva da União, o que propiciou maior confluência e relacionamento mais próximo entre os diversos órgãos consultivos da Administração Pública Federal, além de uma incipiente melhora em sua estrutura. Quanto à criação da Advocacia Consultiva da União, rememora Saulo Ramos:

Mas antes, enquanto o “seu” lobo não vinha [a Advocacia-Geral da União], e precisamente para servir de exemplo ao constituinte, consegui criar, por decreto executivo, graças a cumplicidade de José Sarney, a Advocacia Consultiva da União, integrando os serviços jurídicos da administração federal. Todo mundo colaborava com todo mundo, acabando com esta história de que “isto não é conosco, é com outro ministério”, para implantar ao menos a mentalidade de advocacia profissional na administração pública.³

Enfim, o projeto visionário de instituir uma Advocacia Pública Federal foi exitoso. A despeito das discussões, por ocasião da constituinte, relativos à permanência ou não do Ministério Público Federal enquanto representante judicial da União, optou-se por conferir à novel instituição, a Advocacia-Geral da União, tanto as atribuições de exercer a representação judicial e extrajudicial da União, quanto as de consultoria e o assessoramento jurídicos do Poder Executivo. Destarte, a Constituição Federal de 1988 creditou um dispositivo à Advocacia-Geral da União, *verbis*:

² RAMOS, Saulo. *Código da vida*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007. p 129.

³ Ibidem, p. 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.

§ 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.⁴

Nada obstante, o projeto só foi concretizado com a edição da Lei Complementar nº 73 de 1993, conhecida como a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, que definiu toda a sua estrutura, as atribuições de seus órgãos, o inter-relacionamento entre estes, dentre outras matérias. Especificamente quanto à função consultiva, esta lei criou as figuras do Consultor-Geral da União, Consultor da União e Secretário-Geral do Consultivo, além de órgãos, tais quais as Consultorias Jurídicas da União nos Estados.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, assim como em outras searas, inovou no cenário jurídico pátrio ao instituir um modelo de Advocacia de Estado, competente para atuar em prol da União em todos os âmbitos. A Lei Complementar nº 73 de 1993, a seu turno, efetivou o desiderato constitucional, ensejando uma ampla estruturação e maior especialização da advocacia pública federal, seja na função contenciosa, seja na função consultiva.

2 NATUREZA DA FUNÇÃO CONSULTIVA

A Advocacia Pública Federal integra, juntamente com o Ministério Público, a Advocacia Privada e a Defensoria Pública, o que a Constituição Federal de 1988 nominou de *Funções Essenciais à Justiça*. Nada obstante, apesar de algumas similaridades, cada uma destas instituições possui funções e características próprias, que as peculiariza umas das outras.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p.

O Ministério Público e a Advocacia Pública têm pontos em comum quanto a seu regime jurídico-constitucional; entretanto, possuem características distintivas, tais quais a independência funcional e a inamovibilidade de seus membros; a sua ampla atuação na seara criminal, enquanto titular da ação penal pública; o seu papel de “advogado da coletividade”, ao ser responsável por tutelar os interesses meta-individuais.

De igual modo, a Advocacia Pública e a Advocacia Privada possuem muito em comum. Antes de qualquer coisa, seus membros são advogados, sujeitos aos mesmos ônus e detentores das mesmas prerrogativas inerentes à advocacia⁵; ambas visam a defender os interesses de seus clientes – para um, o particular; para o outro, o Estado; e assim por diante. Por outro lado, muito os singulariza – o primeiro não escolhe o cliente; o segundo, detém essa faculdade; os advogados possuem algumas prerrogativas processuais distintas em razão dos interesses que tutelam; os privados não, independentemente de quem seja o particular que patrocinam; os requisitos para exercício da função também é distinto – para os privados, basta a aprovação no exame de ordem, sem necessidade de qualquer atividade jurídica prévia; já o ingresso na advocacia pública, pressupõe, além da aprovação no exame da Ordem, a sujeição a concurso público de provas e títulos e, em regra, o exercício de atividade jurídica prévia não privativa de bacharel em Direito.

Pois bem. Muitas são as semelhanças e diferenças entre as Funções Essenciais à Justiça; todavia, o elenco exaustivo delas desborda do escopo desse artigo. Em verdade, fez-se essa breve comparação, a fim de se afiançar o seguinte: que a função contenciosa da Advocacia Pública, em geral, e, especificamente, da AGU, aproxima-se mais da natureza da função da Advocacia Privada; ao passo que a função consultiva da AGU mais se aproxima da função do Ministério Público. Tal asserção, porém, precisa ser entendida nos seus devidos termos.

Vale dizer, a função contenciosa se dá, geralmente, em defesa de um ato administrativo ou política pública que, de alguma forma, já foi objeto de análise e reputado legítimo pela própria AGU. De modo que, embora a defesa não deva ocorrer em toda e qualquer hipótese⁶, ela normalmente se impõe e, assim, a parcialidade da AGU é muito mais acentuada.

Por outro lado, na sua função consultiva, a AGU passa a ter os primeiros contatos com o ato administrativo que se pretende editar e

⁵ Ambas se sujeitam à Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

⁶ Aqui se usa a palavra defesa não apenas se referindo a atuação defensiva da União enquanto demandada, mas à tutela judicial da União, seja enquanto demandante, seja enquanto demandada.

com as políticas públicas que se quer promover, de maneira que uma maior flexibilidade e independência técnica e funcional – não sempre e necessariamente do Advogado da União, uma vez que se submete a súmulas, orientações normativas, pareceres vinculantes, mas da própria Instituição – revelam-se imprescindíveis. Abstraindo a denotação processual, teríamos, aqui, se não uma plena imparcialidade na análise daqueles, ao menos uma *parcialidade mitigada*, no sentido de que a AGU não deve, a qualquer custo e por qualquer saída, referendar os atos que lhe são submetidos, ainda que estes representem a vontade política circunstancial.

Portanto, se ao Advogado da União descebe dizer “não” ao Administrador Público, é também verdade que não lhe cabe dizer “sim”. Quem dita o “sim” ou o “não”, em realidade, é o ordenamento jurídico. Deveras, o parecerista tem de apontar soluções jurídicas adequadas a lastrear as decisões administrativas. Entretanto, como diz o ditado, “não existe resposta certa para pergunta errada”. Logo, se o ato administrativo ou a política pública visados forem ilegítimos em si, ao Advogado da União não resta outra saída senão a de apontar as ilegalidades, inconstitucionalidades e demais incongruências, manifestando-se pela inviabilidade daqueles. Manifestações estas que, via de regra, não são vinculantes, malgrado, segundo autorizada doutrina, devessem ser, de forma absoluta aos agentes administrativos e de forma relativa aos agentes políticos⁷.

Por outro vértice, caso se afigurem legítimos, ainda que a uma segunda vista, deve a consultoria fornecer o sustentáculo jurídico que os viabilize.

⁷ Assim, agora com vistas ao aprimoramento do sistema decisório, convém que os agentes da Advocacia de Estado, no desempenho apropriado do dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, assumam séria e inabalavelmente a missão, que lhes está implícita, de aconselhar, de persuadir e de induzir os agentes políticos a adotarem, em suas respectivas unidades federadas, a saudável técnica dos Pareceres Vinculantes, que evitam que sejam tomadas decisões administrativas ruinosas para o Estado, concorrendo para deixar mais evidenciada a necessidade de motivação em caso de desacordo, definindo, afinal, a responsabilidade política que seja assumida, em cada hipótese pelos agentes executivos [...]. Em grau puramente administrativo ela seria adotada em se tratando de decisões cometidas a agentes administrativos, neste caso dar-se-ia uma vinculação absoluta, não admitindo contrariedade. Diferentemente, a vinculação seria adotada em grau político-administrativo em se tratando de decisões de agentes políticos, os quais, por se situarem sob outro e distinto referencial de responsabilidades, induziriam vinculação apenas relativa, se admitindo, portanto, que esses agentes manifestassem sua contrariedade para se eximir de seguir os ditames do Parecer, desde que a expressassem em decisão devidamente motivada, para possibilitar-se o exercício do controle de juridicidade. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 44).

Consequentemente, parece-nos que as consultorias jurídicas exercem, sim, a função de controlador interno da legalidade⁸ ou juridicidade⁹ dos atos da Administração Pública. E tal não deve ser encarada num aspecto negativo. É dizer, as consultorias jurídicas não fiscalizam a legalidade no intuito de vetar os projetos administrativos, senão ao fito de viabilizá-los, mas quando, por óbvio, estes forem viáveis do ponto de vista jurídico. Nesse sentido, Carlos Figueiredo Mourão comenta:

O Estado de Direito impõe à Administração Pública que seus atos estejam vinculados à lei, e, para tanto, foram criados sistemas de controle desses atos. Assim, a execução de suas obrigações constitucionais se dá por intermédio de entes de direito público de caráter permanente, cujo membros ingressaram na carreira mediante concurso. Dentre eles, os procuradores públicos, que têm a obrigação legal e exclusiva de analisar atos administrativos à luz do princípio da legalidade.

Portanto, cabe à Advocacia Pública o poder-dever de realizar, institucionalmente, o controle interno de legalidade da Administração Pública.¹⁰

De similar teor é o escólio de Rommel Macedo, segundo o qual:

Incumbe à Advocacia-Geral da União, em sua atuação consultiva, defender o interesse público estatal, analisando a viabilidade ou não das políticas com base no ordenamento jurídico. Ademais, para que bem possa exercer sua função de controle de legalidade e de legitimidade, tal instituição precisa promover constante articulação com outros órgãos e entidades, não somente públicos, como também privados. Precisa, assim, compreender a exata repercussão de uma

8 Diogo Figueiredo Moreira Neto insere a função da consultoria num por ele chamado “subsistema jurídico de controle de legalidade” – MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

9 Em razão da releitura pela qual tem passado o princípio da legalidade, preferimos utilizar a expressão “controle de juridicidade”.

10 MOURÃO, Carlos Figueiredo. A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 136.

dada política pública que está sendo formulada, a fim de que a consultoria jurídica ao Poder Executivo não seja feita apenas com base numa leitura abstrata da lei e da Constituição. Não é por outra razão que, no pensamento de Loewenstein, a função de controle não pode ser vista de forma apartada dos mecanismos de liderança política (*political leadership*), os quais se revelam claramente na atuação do Poder Executivo.¹¹

Aqui, oportuno ressaltar que este controle de legalidade ou juridicidade trata-se de um controle de legalidade em sentido amplo, isto é, que não se restringe aos parâmetros das leis e diplomas infralegais, mas também, e principalmente, às normas constitucionais, quer regras, quer princípios. Isso porque, em virtude do fenômeno da constitucionalização do direito, toda aplicação ou interpretação jurídica envolve, ainda que indiretamente, uma interpretação constitucional e, ao menos, uma operação incidental de controle de constitucionalidade¹².

Nessa ordem de idéias, o princípio da proporcionalidade, por exemplo, assume um papel relevante no controle das condutas estatais. José dos Santos Carvalho Filho expõe, de forma didática, o conteúdo de tal princípio:

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: (1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (2) exigibilidade,

¹¹ 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, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009, p. 473.

¹² “A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. [...] Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. [...] À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior”. (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 24 ago. 2013)

porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.¹³

É certo que a aplicação deste princípio por vezes poderá atingir indiretamente às escolhas administrativas e o próprio mérito administrativo, o que não significa, todavia, que se trata de controle meritório.

Não ignoramos, entretanto, posicionamentos outros acerca da natureza da função consultiva. Cintra Guimarães, por exemplo, defende que as consultorias jurídicas desempenham a função de “traduzir” o direito para a política, de modo a conferir o amparo jurídico necessário às políticas públicas, cuja decisão quanto à forma ou conveniência de implementação incumbe tão somente ao administrador. Eis seu comentário:

Essa imagem da tradução é útil como uma espécie de metáfora que nos ajuda a visualizar melhor as funções dos advogados públicos no desempenho das atividades de consultoria jurídica ao Estado. Os advogados devem traduzir a linguagem técnica especializada típica do direito moderno aos políticos e administradores responsáveis pela tomada de decisões nas organizações da administração pública. Devem fazer com que eles entendam as consequências e riscos jurídicos das suas respectivas decisões, assim como devem traduzir em termos jurídicos essas mesmas decisões. Também essa é uma tarefa complexa e paradoxal [...].

O objetivo da consultoria jurídica é dar consistência jurídica às decisões políticas (no sentido de discricionárias) da administração pública. A responsabilidade pela decisão, no entanto, cabe àquele que deve adotá-la, ao decisor, isto é, ao administrador. Aos órgãos de consultoria jurídica cabe apenas assessorá-lo, traduzindo-lhe o “direito vigente”, em relação às alternativas decisórias disponíveis e às possíveis consequências jurídicas de suas decisões.¹⁴

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41.

14 GUIMARÃES, Guilherme Francisco Cintra. Advocacia de Estado, administração pública e democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas. In: *Revista da AGU – Advocacia Geral da União*. Ano X – Número 30 – Brasília-DF, out./dez. 2011. p. 24/27.

Data venia, não nos parece apropriado empregar o termo “tradução” para designar a atividade desempenhada pelas consultorias jurídicas, porquanto a tradução é um processo que busca, ao máximo, desassociar-se de qualquer juízo de valor, a fim de preservar o sentido original da linguagem. E, quando a consultoria analisa alguma política pública, ela verifica sua compatibilidade com a ordem jurídica, o que, a nosso sentir, decerto envolve uma valoração de sua parte.

Por outro lado, quando de apresenta as alternativas decisórias e as consequências jurídicas de suas decisões, é porque, inevitavelmente, a Consultoria já procedeu a um controle de legalidade, isto é, já aferiu a compatibilidade entre as possíveis decisões e o ordenamento, de sorte que poderá se manifestar pelo prosseguimento ou pela negativa do ato. Agora, a tomada final de decisão, por evidente, salvo quando se tratar de manifestações vinculantes, é algo a cargo do administrador e que não pode ser obstado pelo “controle”, que poderá, no máximo, se for a hipótese, contribuir para responsabilização daquele. Por conseguinte, inexiste distinção ontológica entre a chamada “tradução” e o “controle”. Na verdade, a “tradução” é um “controle” que parte do pressuposto da legitimidade da política.

Sem embargo do exposto, no exercício de sua função, a Consultoria, por um lado, fiscaliza a legalidade, por outro, participa do processo de feitura da política pública¹⁵, realizando os objetivos e valores constitucionais e democráticos, de tal maneira que sua função, em última instância, pode ser concebida como a de *aperfeiçoamento da ordem jurídica*, expressão cunhada por Moreira Neto, a saber:

Compete, ainda, ao Advogado de Estado, no desempenho apropriado desse *dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhar, persuadir e induzir os agentes políticos* no sentido de adotarem invariavelmente, todas as providências, normativas ou concretas, que se destinem à afirmação do primado dos valores jurídicos e democráticos, sempre que se apresentem as situações concretas de fazê-lo [...].¹⁶

15 Segundo Maria da Graças Rua, as políticas públicas envolvem o conjunto de decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores e possuem quatro fases, a saber: formulação, decisão, implementação e avaliação (RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria I. V. *O estudo da política: tópicos selecionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998. p. 232.). A etapa de formulação é aquela em que são realizados estudos de viabilidade, debates, análises econômica, política, social e jurídica, motivo por que há uma efetiva participação das consultorias jurídicas nas políticas públicas.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009. p. 44.

3 VERTENTES DA FUNÇÃO CONSULTIVA

Como vimos, as Consultorias desempenham as funções de controle de juridicidade e de participação na elaboração das políticas, que se traduzem no que nominamos, seguindo a expressão de Moreira Neto, de função de *aperfeiçoamento da ordem jurídica*. Essa função, todavia, possui linhas concretas de atuação. É o que trataremos, de forma expositiva, doravante.

No âmbito da AGU, as Consultorias Jurídicas subdividem sua atuação em determinadas áreas, que se diferenciam em função do órgão assessorado, mas que, em geral, são as seguintes: fixação da interpretação da legislação; controle interno da legalidade dos atos administrativos; assessoramento jurídico na elaboração de atos normativos; exame dos textos de edital de licitação, contratos, convênios e congêneres; envio de subsídios aos órgãos jurídicos do contencioso. A título de exemplo, colacionamos, a seguir, o art. 8º do Decreto nº 7.096/2010 e do art. 6º do Decreto nº 6.061/2007, que tratam, respectivamente, das atribuições das Consultorias Jurídicas dos Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Justiça:

Art. 8º À Consultoria Jurídica, órgão setorial da Advocacia-Geral da União, compete:

I - assessorar o Ministro de Estado em assuntos de natureza jurídica;

II - exercer a coordenação das atividades dos órgãos jurídicos das entidades vinculadas ao Ministério;

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 do Ministro de Estado;

V - assistir ao Ministro de Estado no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ele praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; e

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério:

- a) os textos de edital de licitação, bem como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; e
- b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação.¹⁷

Art. 6º À Consultoria Jurídica, órgão setorial da Advocacia-Geral da União, compete:

I - assessorar o Ministro de Estado em assuntos de natureza jurídica;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos, dos órgãos autônomos e das entidades vinculadas ao Ministério;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades sob sua coordenação, quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar notas, informações e pareceres referentes a casos concretos, bem como estudos jurídicos, dentro das áreas de sua competência, por solicitação do Ministro de Estado;

V - assistir ao Ministro de Estado no controle interno da legalidade dos atos administrativos por ele praticados e daqueles originários de órgãos ou entidades sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério da Justiça:

- a) textos de editais de licitação, bem como os respectivos contratos ou instrumentos congêneres a serem publicados e celebrados;
- b) atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação; e

¹⁷ BRASIL. *Decreto nº. 7.096, de 4 de fevereiro de 2010.* Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/cecivil_03/_Ato20072010/2010/Decreto/D7096.htm> Acesso em: 26 ago. 2013.

c) convênios, acordos e instrumentos congêneres;

VII - acompanhar o andamento dos processos judiciais nos quais o Ministério tenha interesse, supletivamente às procuradorias contenciosas da Advocacia-Geral da União; e

VIII - pronunciar-se sobre a legalidade dos procedimentos administrativos disciplinares, dos recursos hierárquicos e de outros atos administrativos submetidos à decisão do Ministro de Estado¹⁸

3.1 FIXAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS

No exercício dessa função, as Consultorias esclarecem o sentido e o alcance de dispositivos da Constituição, das leis, dos tratados, de Decretos, Regulamentos, Portarias e demais atos normativos que lhes são submetidos, a fim de que a interpretação operada seja uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação.

Oportuno frisar que, no atual estágio da hermenêutica jurídica, há um quase consenso doutrinário de que o brocardo *in claris cessat interpretatio* não tem mais aplicabilidade, uma vez que por mais simples que seja o texto normativo, ele precisa ser interpretado¹⁹. Afinal, reconhece-se que a norma é o produto da interpretação e, portanto, não se confunde com o seu texto.

E, notadamente hoje, em virtude da centralidade que a Constituição ocupa no cenário jurídico, maior é a necessidade de proceder a interpretações tais que conduzam a uma *filtragem constitucional*, vale dizer, que extraiam o sentido e alcance das normas jurídicas a partir de um confronto destas com a Constituição.

Portanto, a interpretação normativa adequada encerra uma fiscalização de constitucionalidade (e quando o caso, também de legalidade) e, consequentemente, consubstancia-se num controle de juridicidade.

É certo, porém, que esta função consultiva se revela mais necessária quando se está diante de normas plurissignificativas, porquanto, nessas hipóteses, deve-se ter um maior cuidado para se aquilatar qual dos sentidos da norma mais se compatibiliza com o ordenamento jurídico e

¹⁸ BRASIL. Decreto nº. 6.061, de 15 de março de 2007. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Justiça, e dá outras providências. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6061.htm>> Acesso em: 26/08/2013

¹⁹ Por todos, conferir: FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo, SP: Malheiros, 1997. p. 262.

melhor realiza o seu fim social, de maneira que a Administração possa atuar legítima e eficazmente.

Ademais, as Consultorias devem atentar para as interpretações normativas realizadas pelos Tribunais, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal, dando-lhes maior deferência, visto que é o intérprete máximo da Constituição Federal.

3. 2 CONTROLE INTERNO DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme já expusemos, o controle interno de legalidade é a função de aferir se os atos realizados pelos órgãos assessorados se coadunam com o ordenamento jurídico (por isso, preferimos a expressão “controle de juridicidade”), bem como de indicar quais os caminhos juridicamente aceitáveis e que deverão ser por eles seguidos. Válido, aqui, trazer a lume comentário da Advogada da União Lilian Barros de Oliveira Almeida, à guisa de exemplificação:

Por exemplo, os advogados públicos federais, ao examinarem um Processo Administrativo Disciplinar (PAD) para subsidiar a decisão da autoridade competente, promovem os direitos fundamentais ao verificarem se o procedimento respeitou o devido processo legal (no caso, as regras procedimentais estabelecidas pela Lei nº 8.112/90), a ampla defesa e contraditório. Ademais, devem observar se as provas constantes do PAD não foram obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e se as provas eventualmente emprestadas pelo Poder Judiciário observarem a violabilidade do sigilo das comunicações telefônicas nas hipóteses e na forma que a lei estabeleceu, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII).

Essa atuação preventiva evita que o ato administrativo de aplicação da penalidade disciplinar, pela autoridade pública competente, seja questionado no judiciário e seja invalidade por desrespeito a um dos direitos fundamentais acima citados²⁰.

Concluímos, afirmando que, apesar de ser referida como uma espécie de atuação, cremos que toda função consultiva, de maneira mais ou menos flagrante, é uma função de controle de legalidade.

²⁰ ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos direitos fundamentais. In: *Revista da AGU – Advocacia Geral da União*. Ano X – Número 32 – Brasília-DF, abr./jun. 2012, p. 40.

3.3 ASSESSORAMENTO JURÍDICO NA ELABORAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS

Nesta função, as Consultorias auxiliam os assessorados na elaboração dos mais diversos atos normativos, desde Portarias e instruções normativas até medidas provisórias e leis delegadas. Em linhas gerais, analisam os limites formais e materiais do ato normativo, o procedimento de edição, a autoridade competente para o ato, bem como técnica legislativa de redação e estrutura normativas, manifestando-se, ao cabo, pela constitucionalidade/legalidade do ato ou pelos ajustes e correções que devem ser efetivados antes de sua publicação.

3.4 EXAME DOS TEXTOS DE EDITAL DE LICITAÇÃO, CONTRATOS, CONVÊNIOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES

Se no domínio privado, a contratação se faz presente em quase todas as atividades, no domínio público a situação não é diferente. Com efeito, a fim de aparelhar a máquina estatal e bem desempenhar a sua função administrativa, seja na prestação de serviços públicos, na atividade de fomento, no exercício do poder de polícia ou mesmo na intervenção na propriedade e domínio econômico, é imprescindível que a Administração Pública celebre contratos administrativos, contratos da Administração, convênios, termos de cooperação e instrumentos congêneres.

E como, normalmente, a pactuação desses instrumentos interessa a vários particulares e/ou importa em dispêndio de verbas públicas, de bens e outros recursos, em atenção aos princípios da indisponibilidade do interesse público, da impessoalidade, de economicidade, da eficiência, da moralidade, dentre outros, faz-se mister que incida um prévio controle jurídico sobre estes ajustes.

É, por isso, que a LC nº 73/93, determina, em seu art. 11, VI, que compete às Consultorias Jurídicas examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas os textos de edital de licitação, os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; bem assim os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

No mesmo sentido, o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 estabelece 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 da Administração.

Desta feita, as Consultorias devem analisar os termos das licitações, dos contratos, dos demais ajustes, aquilatando a sua compatibilidade com os princípios regentes da Administração Pública, com os estatutos licitatórios e contratuais, bem assim com todas as normativas que tratam da transferência de recursos, da realização de despesas, a exemplo da LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), da Lei nº 4.320/64 e do Decreto nº 6.170/2010.

Caso regulares, a Consultoria deverá chancelá-los e se manifestar para que sejam eles ultimados. Verificadas irregularidades, todavia, a Consultoria deverá propor, a depender da situação, medidas sanatórias cabíveis, revogação, anulação, cassação, alteração, a responsabilização dos causadores, entre outras providências.

3.5 ENVIO DE SUBSÍDIOS AOS ÓRGÃOS JURÍDICOS DO CONTENCIOSO

Os órgãos consultivos são apenas uma vertente da Advocacia Pública federal. O outro “lado da moeda” é composto pelos órgãos do contencioso. Usou-se a analogia da moeda, justamente com o intuito de dizer que, embora distintos, o consultivo e o contencioso não atuam dissociadamente; antes, atuam de forma paralela e integrada. Constituem, enfim, duas faces da mesma moeda.

Assim, quando a União é demandada, sempre que for questionado algum ato ou política pública referente a órgão assessorado pela AGU, cumprirá às respectivas Consultorias fornecerem todo o subsídio necessário para que os órgãos contenciosos realizem, em juízo, a defesa do ente federal.

Decerto, tal se faz necessário para propiciar a melhor defesa possível, seja porque muitas das matérias questionadas demandam um conhecimento técnico e jurídico muito específico; seja porquanto normalmente, a essa altura, as Consultorias já terão se manifestado, de algum modo, sobre a questão, detendo, pois, substrato para auxiliar os órgãos contenciosos; seja, ainda, porque, dada a proximidade com os órgãos assessorados, as Consultorias conhecem seus procedimentos, praxes, repartição de atribuições, etc.

4 RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA

O advogado do consultivo atua por meios diversos, tais como as cotas, despachos, notas, sendo certo, porém, que o instrumento de manifestação por excelência é o parecer jurídico. Quanto ao parecer, lavrou grande repercussão a questão relativa à possibilidade e aos limites

da responsabilização do advogado público parecerista. Antes de tratar especificamente da matéria, porém, traremos a lume alguns conceitos que servirão de norte para a exposição.

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que parecer “é a manifestação opinativa de um órgão consultivo expedindo a sua manifestação técnica sobre o que lhe é submetido”²¹. Di Pietro, a sua vez, define-o como “o ato pelo qual dos órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência”²².

Parte da doutrina enquadra os pareceres como espécie de atos administrativos enunciativos ou opinativos²³. Outra vertente sustenta que o parecer não se trata de ato administrativo, porquanto, por si só, não produz efeitos jurídicos, o que seria algo próprio dos atos administrativos²⁴. Algo, porém, é unânime: o parecer propriamente dito (*stricto sensu*) tem mero caráter opinativo, pelo que não vincula a Administração ou os particulares a sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente²⁵.

Pois bem. Acerca da responsabilização do parecerista, o Supremo Tribunal Federal (STF) possui, ao menos, três decisões relevantes. No julgamento do MS 24.073- DF, esposando a linha de que o parecer não é ato administrativo, concluiu que o advogado só poderá ser responsabilizado pelos danos causados quando seu erro for grosseiro, inescusável ou quando atuar com dolo ou culpa. Eis a ementa do julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO.
TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO.
PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II,
art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34,
IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece
parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante
interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas
da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o
administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade,
dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito,
ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar,

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 434.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 232.

²³ CARVALHO FILHO, p. 136-137.

²⁴ Por todos, Adilson Abreu Dallari apud Ronny Charles Lopes de. Responsabilidade do parecerista em licitações: elementos de questionamento e o posicionamento do STF. *Boletim de Convênios e Parcerias*. N. 46. Fev. 2009.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 198.

sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13^a ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.²⁶

Já no julgamento do MS 24.584-DF, a Suprema Corte sustentou que, com fulcro no art. 38 da Lei nº 8.666/93, a manifestação da assessoria jurídica não se limitaria à simples opinião, mas alcançaria a aprovação ou não, de maneira que descaberia a recusa do advogado à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. Em seu voto, o Relator, o Ministro Marco Aurélio, sustentou que “*Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerado não só o crito técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos*”²⁷.

Essa decisão foi alvo de inúmeras críticas. Ronny Charles, por exemplo, de forma contundente, afiançou:

Mas seria justificável compreender que, em função de uma alegada proteção do que é público, poder-se-ia entender que pode o Tribunal de Contas atuar em campo não autorizado pelo Constituinte, aferindo a legalidade e aplicando sanções em relação a outros atos da Administração que não aqueles relacionados aos gestores e suas contas?

Pensar dessa forma permite um raciocínio que coloca como responsável pelas contas, perante o TCU, qualquer um que, por ação ou omissão, der causa a perda, extravio ou outra irregularidade que resulte prejuízo ao erário público.

Tal interpretação poderia implicar em absurdos. Provoquemos: Um juiz singular que proferisse sentença, posteriormente reformada por Tribunal Superior, mas que houvesse causado prejuízo ao erário público, pela liberação de uma verba posteriormente tida

²⁶ MS 24073-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 31/10/2003.

²⁷ MS 24584-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 9/8/2007.

como indevida e ilegal, poderia ser responsabilizado pelo TCU, já que falhou ao não verificar tal ilegalidade, permitindo ou até ordenando um pagamento posteriormente tido como ilegal, numa apreciação de contas? Um Procurador da República que, por conta de uma improcedência de ação civil pública ajuizada, levasse a União ao pagamento de altas custas sucumbenciais, poderia ser responsabilizado pelo TCU, já que pela sua incorreta compreensão jurídica sobre o êxito da demanda, deu azo a prejuízos ao erário? Os próprios membros do TCU, ao aprovar contas de gestores, nas quais posteriormente fossem identificadas irregularidades por investigações de membros do Parquet ou da Polícia Federal, poderiam ser responsabilizados pelo próprio TCU, já que também falharam ao não detectar ilegalidades quando da “aprovação” das respectivas contas, permitindo prejuízo aos cofres públicos? Poderia também ocorrer responsabilização dos membros de uma Câmara do Tribunal de Contas, quando estes apresentassem entendimento posteriormente tido como equivocado pelo Plenário? Da mesma forma, seria tal imputação justificável, quando aquele Tribunal mudasse suas concepções sobre determinadas contratações, exigindo rigores antes não estabelecidos, situação comum em qualquer Corte?

Tais elucubrações parecem esdrúxulas, mas utilizam o mesmo raciocínio de extensão de responsabilidades pretendido por aqueles que defendem a responsabilização do advogado parecerista, pelo Tribunal de Contas da União, em função do argumento sofismático de defesa da coisa pública.

O respeito à ordem jurídica não é alcançado através de mera retórica, é necessário investigar os limites permitidos pelo ordenamento, como plano para o equilíbrio do sistema constitucional. Estabelecer a imputação de débitos a outras pessoas, que não aquelas estipuladas pela Constituição, ou criar competências para os Tribunais de Contas que exorbitam de suas prerrogativas constitucionais deturpa a ordem estabelecida.²⁸

Enfim, por ocasião do julgamento do MS 24631-DF, o STF parece ter chegado a uma definição quanto ao tema. Com efeito, o Min. Joaquim Barbosa, relator, valendo-se da doutrina de *René*

²⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Responsabilidade do parecerista em licitações: elementos de questionamento e o posicionamento do STF. *Boletim de Convênios e Parcerias*, n. 46. Fev. 2009.

Chapus, identificou três espécies de pareceres: a) facultativo – ocorre quando a consulta pode ou não ser efetuada e, ainda que seja, a autoridade não se vincula aos termos do parecer, de modo que pode decidir de forma diversa; b) obrigatório – a consulta é obrigatória e o administrador se vincula a seu termos; todavia, caso não queira realizar o ato de forma exarada pela consultoria, pode submeter a matéria a novo parecer; c) vinculante – nessa hipótese, o parecer vincularia o administrador de tal maneira que este teria apenas duas opções: decidir da maneira exposta no parecer ou não decidir.

Dessarte, na hipótese de parecer vinculante, este deixaria de ter apenas conteúdo opinativo e passaria a deter caráter decisório, pelo que o parecerista poderia ser responsabilizado solidariamente. Já nos casos de parecer facultativo ou obrigatório, tipicamente opinativos, a responsabilidade apenas subsistiria se demonstrada culpa ou erro grosseiro. Pelo caráter didático da ementa, oportuno transcrevê-la:

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 pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido²⁹. (Destacou-se).

A nosso ver, este último julgado apresenta a correta equação da problemática. Com efeito, não parece razoável que o advogado responda, independentemente de culpa ou erro grosseiro, por uma opinião que emite, notadamente na seara jurídica, em que desponta a dialeticidade, os diferentes pontos de vista e onde raramente há verdades incontestáveis. Entretanto, no caso de parecer vinculante, uma vez que a manifestação deixa de ter um conteúdo meramente opinativo e passa ostentar, em certa medida, um caráter decisório, é razoável que ele enseje a responsabilização solidária pelos danos causados. Em sentido semelhante, é a lição de Carvalho Filho:

Costuma a doutrina fazer referência aos *pareceres vinculantes*, assim conceituados aqueles que impedem a autoridade decisória de adotar outra conclusão que não seja a do ato opinativo, ressalvando-se, contudo, que se trata de regime de exceção e, por isso mesmo, só sendo admitidos se a lei exigir expressamente. Em nosso entender, porém, há um *desvio de qualificação jurídica* nestes atos: pareceres são atos opinativos, de modo que, se o opinamento do parecerista vincula outra autoridade, o conteúdo do ato é tipicamente decisório, e não meramente opinativo, como é de sua natureza. Em suma: o parecerista acaba tendo a vestimenta de autoridade decisória, cabendo ao agente vinculado papel meramente secundário e subserviente à conclusão do parecerista. Cuida-se, pois, de esdrúxula inversão de *status jurídico*. Não obstante, admitir-se semelhante categoria, seria coerente atribuir ao autor do parecer vinculante responsabilidade solidária, em função de seu poder de decisão, compartilhada com a autoridade vinculada.³⁰

Em suma, a responsabilização tem lugar, na forma seguinte:

- a) pareceres vinculantes – responsabilidade solidária;

²⁹ MS 24631-DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, em 31/01/2008.

³⁰ CARVALHO FILHO, p. 137/138.

- b) pareceres facultativos ou obrigatórios – responsabilidade em caso de erro grosseiro, inescusável ou na hipótese de culpa *lato sensu*.

5 CONCLUSÃO

As Consultorias exercem relevante mister na orientação dos órgãos da Administração Pública, de maneira a fornecer-lhes o amparo jurídico necessário à afirmação dos programas de Estado e à construção e viabilização das políticas públicas que lhes incumbem.

A função consultiva, entretanto, deve ser exercida com valores e determinação, em ordem a lastrear apenas o que é juridicamente legítimo e aceitável, uma vez que o compromisso da AGU, enquanto função essencial à Justiça (esta entendida como função e valor), é prioritariamente com o Direito, e não com a Política. Portanto, longe de beirar à desvalia, a compreensão da função consultiva como de controle de legalidade ou juridicidade é de rigor.

Referida função, ademais, se exterioriza de formas diversas – desde o apoio à elaboração de atos normativos, até a análise de textos de edital de licitação e contratos – porém todas, em última análise, voltam-se a um só fim: o dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica.

O exercício da função consultiva, malgrado tipicamente opinativa e sugestiva, à luz da jurisprudência do STF, pode render ensejo à responsabilização do advogado, seja quando este atua culposamente ou comete erro grosseiro, seja quando a sua manifestação passa a ostentar um caráter decisório.

Enfim, o projeto de se instituir uma Advocacia Pública Federal foi exitoso. A AGU hoje é uma realidade e ao longo dos anos, de forma crescente, vem se consolidando enquanto instituição, quer na sua face contenciosa, quer na sua face consultiva. Muitos são os desafios, mas grandes são as expectativas. Oxalá nos próximos vinte anos, a AGU se firme e seja reconhecida, não só pelos órgãos que assessorá, mas, sobretudo, pelo povo, como instituição promotora de um genuíno Estado Democrático de Direitos.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. *Decreto nº. 6.061, de 15 de março de 2007.* Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Justiça, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6061.htm>> Acesso em: 26 ago. 2013.

BRASIL. *Decreto nº. 7.096, de 4 de fevereiro de 2010.* Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2010/Decreto/D7096.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.073- DF.* Diário da Justiça da União de 31 de outubro de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.584-DF.* Diário da Justiça da União de 9 de agosto de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.631-DF.* Diário da Justiça da União de 31 de janeiro de 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 24 ago. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica.* São Paulo, SP: Malheiros, 1997.

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, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto.* Belo Horizonte: Forum, 2009.

GUIMARÃES, Guilherme Francisco Cintra. Advocacia de Estado, administração pública e democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas. In: *Revista da AGU – Advocacia Geral da União*. Ano X – Número 30 – Brasília-DF, out/dez. 2011.

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, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 45, 1992.

_____. Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

MOURÃO, Carlos Figueiredo. A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

RAMOS, Saulo. *Código da vida*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria I. V. *O estudo da política: tópicos selecionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Responsabilidade do parecerista em licitações: elementos de questionamento e o posicionamento do STF. *Boletim de Convênios e Parcerias*. n. 46. Fev. 2009.

A REMOÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS NA LEI Nº 8.112/1990

REMOVAL OF PUBLIC SERVANTS IN FEDERAL LAW NO. 8.112/1990

Pedro de Souza Alho

Advogado da União

Pós-Graduado em Direito Notarial pela Faculdade Cidade Verde – Maringá/PR

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito; 2 Do Arcabouço Normativo sobre a Remoção; 3 As Modalidades de Remoção e Suas Espécies; 3.1 Remoção de Ofício no Interesse da Administração; 3.2 Remoção a Pedido, a critério da Administração; 3.3 Remoção a pedido para outra localidade, independentemente do interesse da Administração; 3.3.1 Remoção para acompanhar cônjuge, também servidor civil ou militar, de qualquer dos Poderes dos Entes Federativos, também deslocados no interesse da Administração; 3.3.2 Remoção por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou parente que viva às suas expensas e conste como dependente seu no seu assento funcional; 3.3.3 Remoção em virtude de processo seletivo; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O estudo sistematizado e pormenorizado acerca da remoção dos servidores públicos no âmbito da Administração pública é medida imperiosa para todo operador do direito que atua na área do serviço público federal, especialmente no que concerne ao regime dos servidores públicos. Embora previsto em um único dispositivo da lei nº 8.112/1990, o chamado Regime Jurídico Único na Esfera Política Federal, do confrontamento da questão surgem várias nuances, que acarretam uma série de divergentes e complexas interpretações, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira. Portanto, este trabalho busca identificar todas as peculiaridades que cercam o instituto, apresentando os entendimentos atuais e prevalecentes nos Tribunais, sobretudo os de Jurisdição Extraordinária, acerca do tema, além, evidentemente, da visão dos doutrinadores pátrios.

PALAVRAS-CHAVE: Remoção. Deslocamento. Serviço Públíco Federal. Servidor Públíco. Lei nº 8.112/1990.

ABSTRACT: The systematic and detailed study about the removal of public servants under the Public Administration is measured imperative for all law operator which operates in the federal public service, or is a simple scholar. Although systematized into a single device of Law No. 8.112/1990, called the Unified Legal System in the Sphere Federal Policy, the confrontation of the issue arise several nuances, which led to a series of complex and divergent interpretations, both doctrine and jurisprudence Brazilian. Therefore, this paper seeks to identify all the peculiarities surrounding the institute, presenting the current and prevailing understandings Courts acera theme, besides, of course, the vision of patriotic scholars.

KEYWORDS: Removal. Displacement. Federal Public Service. Public Servant. Law N. 8.112/1990.

INTRODUÇÃO

A remoção constitui importante instituto previsto no Regime Jurídico Único – RJU – dos servidores públicos federais e consiste no deslocamento do servidor, de ofício ou a pedido, dependente ou não do interesse da Administração, dentro do mesmo quadro funcional do órgão ou entidade a que está lotado, ainda que na mesma sede.

A remoção remonta-se ao Estatuto dos Servidores Públicos Civis de 1939, que previu as modalidades de transferência a pedido e *ex officio*. Antes desse diploma, os servidores eram considerados inamovíveis, direito este excepcionalíssimo nos dias atuais, restrito a algumas categorias, como os magistrados e membros do Ministério Público.

Esse estudo visa analisar toda a problemática que reveste o instituto nos moldes previstos pela legislação federal atual, sobretudo o art. 36 da lei nº 8.112/1990.

1 CONCEITO

A primeira medida necessária para a melhor compreensão de um determinado instituto jurídico é estabelecer a sua correta e mais completa conceituação, viabilizando a apresentação das especificidades do tema, a serem analisadas em seguida.

Em que pese não ser o campo ideal para o estabelecimento de premissas conceituais, o próprio legislador brasileiro insculpiu, no *caput* do art. 36, a definição legal da remoção, nos seguintes moldes:

Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Preliminarmente, infere-se da leitura do texto legal acima apresentado que a remoção pressupõe *deslocamento*, o qual não necessariamente implicará em mudança de sede, desde que mantido o mesmo quadro funcional ao qual é vinculado o servidor.

No âmbito doutrinário, por sua vez, as definições são semelhantes, perfazendo entendimento pacífico quanto aos limites do conceito.

Para Marçal Justen Filho¹, por exemplo, o referido instituto pode ser entendido da seguinte forma:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. v. único, São Paulo: Revista dos Tribunais; p. 967.

[...]

Remoção é um ato administrativo unilateral, praticado a pedido ou de ofício, impondo ao servidor o desempenho de suas atribuições em local geográfico distinto daquele em que se encontrava até então sediado.

[...]

Desenvolvendo esse raciocínio, o Ilustre Jurista esclarece que a remoção sempre retrata um interesse unilateral do Estado, ainda que resultante de atendimento a um pedido do servidor.

Destaca-se que, embora o ato seja oriundo *sempre* do Estado, o interesse prevalecente ou, até mesmo, exclusivo pode ser do particular, tal qual a remoção obtida por meio de participação em processo seletivo aberto pela Administração.

Em seguimento, para o eminentíssimo administrativista Lucas Furtado², a aludida prerrogativa funcional tem o enunciado abaixo:

[...]

A remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício no âmbito da Administração Pública, dentro do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede [...]

Por sua vez, para o Professor Oliveira³:

“... mudança do servidor, dentro do quadro a que pertence, com ou sem a alteração da sede de seu local de trabalho, com o objetivo de preencher claro na lotação”, e que “constitui mero deslocamento do servidor na esfera do órgão de sua vinculação, sem que disso decorra qualquer alteração no vínculo que se estabeleceu entre ele e a Administração Pública por ocasião de uma investidura”.

Em suma, colacionando os conceitos acima explicitados, tanto o legal quanto os emanados pela doutrina, conclui-se que a remoção pode ser entendida como a transferência, deslocamento, do servidor público, dentro do mesmo quadro a que pertence na Administração Pública, ainda

² ROCHA FURTADO, Lucas. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. v. único, Belo Horizonte: Fórum, p. 678.

³ OLIVEIRA, Antônio Flávio. *Servidor Público: remoção, cessão, enquadramento e redistribuição*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 53.

que na mesma sede, sem que isso ocorra alteração na relação jurídica funcional mantida com o Poder Público.

2 DO AR CABOUÇO NORMATIVO SOBRE A REMOÇÃO

Estabelecida a devida conceituação do instituto ora estudado, faz-se imperiosa a demonstração da sua disciplina normativa, a fim de sistematizar as lições que seguirão.

No plano constitucional, a despeito da inexistência de regra específica acerca da matéria, a doutrina aponta o seguinte dispositivo como o regulador da matéria:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

Desse texto legal, embora, como já se disse, carente de explicitude, extrai-se importante norma, conforme será melhor analisado em tópico ulterior, concernente a preferência dos servidores mais antigos em ocupar determinadas vagas que surjam na Administração Pública com o transcorrer do tempo, em detrimento dos novos nomeados, aprovados em concurso público.

No âmbito infraconstitucional, o legislador foi bem mais claro, disciplinando, em pormenores, o instituto, especificamente no art. 36 da lei nº 8.112/1990:

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: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

I - de ofício, no interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

II-a pedido, a critério da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

III- a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração: (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

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; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

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.(Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Percebe-se, pela detida leitura do artigo de lei acima, que a remoção pode ser dividida em três espécies, ou modalidades, conforme a dicção legal:

- a) De ofício, no interesse da Administração;
- b) A pedido do servidor, a critério da Administração;
- c) A pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração.

Nos tópicos vindouros, esmiudar-se-á, de forma detalhada, todas as hipóteses legais, colacionando os entendimentos doutrinários e legais que cercam cada ponto, privilegiando-se o enfrentamento dos que causam maior discussão doutrinária e jurisprudencial.

3 AS MODALIDADES DE REMOÇÃO E SUAS SUBESPÉCIES

Em primeiro lugar, de acordo com o já estabelecido alhures, há duas modalidades de remoção, por interesse da Administração e a

pedido do servidor, essa última, de acordo ou independentemente da conveniência do Estado.

3.1 REMOÇÃO DE OFÍCIO, NO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO

A primeira espécie é a única em há exclusivo interesse do Ente Público na remoção do servidor, desde que dentro do mesmo quadro da Administração Pública. Isso por que, conforme se denota pela leitura do inciso I do parágrafo único do art. 36 da lei nº 8.112/199, não há a previsão de qualquer pedido ou concordância do servidor para o alcance do desiderato administrativo. Apenas é necessário a prévia necessidade, em consonância, evidentemente, com a lei e o interesse público, do deslocamento do agente.

Evidentemente que não se olvida, conforme muito bem consignado pelo professor Marçal Justen Filho⁴, que a Administração não possa submeter a remoção à avaliação da conveniência dos servidores, salvaguardando a ideia de que o melhor desempenho funcional é dependente da satisfação pessoal de cada agente público. Assim, é concebível, quiçá salutar, a prévia consulta a diversos servidores tendo em vista a angariar o consenso de vontade de algum deles quanto ao deslocamento. Não se está a defender que o Estado está condicionado ou predisposto à aquiescência do seu serviente para o perfazimento do ato, pelo contrário, o objetivo é evitar a ocorrência de frustrações experimentadas por aquele que, unilateralmente, é submetido aos seus efeitos do ato.

Entretanto, cumpre ressaltar que a imposição acima referida, além dos temperamentos já expostos, pode ser obstada quando o cargo ocupado pelo servidor possui, ao menos em regra, a garantia da inamovibilidade. Corroborando com tal premissa, aduz o já citado doutrinal Justen Filho⁵:

[...]

Mas a remoção também pode ser imposta no interesse da Administração, sem que a tanto se possa opor o servidor – a não ser que o servidor seja beneficiado pela garantia da inamovibilidade, o que é reservada constitucionalmente para os magistrados e algumas carreiras similares.

⁴ JUSTEN FILHO, op. cit. p. 968.

⁵ Ibid, p. 968.

[...]

A título de exemplo, colacionam-se alguns dispositivos constitucionais que bem explicitam a ressalva assegurada pela mencionada prerrogativa (inamovibilidade):

[...]

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

[...]

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.

b) inamovibilidade, 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;

[...]

3.2 REMOÇÃO A PEDIDO, A CRITÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO

Outra hipótese, ainda na qual o interesse da Administração Pública se sobressai, é o referente a remoção a pedido do servidor, a critério da primeira. A diferença básica para a modalidade anterior é a que nesta há uma conjugação de vontades entre as partes, já que o Estado não age de ofício, deliberando sobre a questão apenas quando instado pelo agente público.

Para melhor visualização do exposto, destaca-se o que ocorre no âmbito da Advocacia Geral da União (AGU). Neste órgão existe uma subdivisão das suas unidades espalhadas em todo o território brasileiro, de acordo com a atratividade de lotação aos servidores, em Unidades de Difícil Provimento e de Normal Provimento. As primeiras são definidas conforme o art. 1 da Portaria 1.292/2009:

Art. 1º Poderão ser consideradas como de difícil provimento as unidades de lotação da Advocacia-Geral enquadradas nos seguintes critérios:

I - histórico de carência de Advogados da União; ou
II - acentuada necessidade de Advogados mesmo após a realização de concurso de remoção ou de concurso público para provimento de cargos de Advogado da União.

No referido instrumento normativo há previsão expressa da possibilidade do membro da AGU em requerer o seu deslocamento para as Unidades de Difícil Provimento -UDPS, conforme permissivo contido no art. 6º, *in verbis*:

[...]

Art. 6º Os interessados em serem removidos para as unidades referidas no Anexo poderão sê-lo a qualquer momento, a critério da AGU, e deverão, para tanto, manifestar-se por meio de formulário disponível no sítio eletrônico(www.agu.gov.br).

Parágrafo único. As manifestações referidas no caput não geram direitos subjetivos aos interessados, tendo em vista que as remoções para as unidades de difícil provimento levarão em consideração, entre outros fatores, *o interesse do serviço das unidades em que estejam lotados*.

Entretanto, pela leitura do parágrafo único acima destacado, percebe-se claramente que a remoção pretendida somente poderá ser efetiva caso exista concomitante interesse da Administração Pública, sobretudo o da unidade que esteja lotado o membro.

A hipótese prevista na Portaria, portanto, adequa-se perfeitamente com o estipulado no inciso II do parágrafo único do art. 36 da lei nº 8.112/1990, porquanto é imperiosa a convergência de interesses para possibilitar a remoção do servidor.

3.3 REMOÇÃO A PEDIDO, PARA OUTRA LOCALIDADE, INDEPENDENTEMENTE DO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO

Essa terceira espécie de remoção está subdividida em três hipóteses:

- a) Para acompanhar cônjuge, também servidor 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;
- 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.

Ressalta-se que, ao contrário do que previsto no *caput*, quando se permite a remoção dentro da mesma sede, nessa espécie apenas concebe-se o deslocamento para *outra localidade*. Dessa forma, a remoção a pedido, independentemente do interesse do Estado, somente é possível quando o servidor objetiva a mudança para lugar diverso do qual atualmente lotado.

Elucidado o ponto acima, resta analisar, de forma detida, as três opções legalmente previstas no mencionado número III.

3.3.1 REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE, TAMBÉM SERVIDOR CIVIL OU MILITAR, DE QUALQUER DOS PODERES DOS ENTES FEDERATIVOS, TAMBÉM DESLOCADOS NO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO

Essa hipótese foi prevista pelo legislador com o objetivo de compatibilizar a necessidade de o servidor estabelecer domicílio no local onde exerce as suas funções, conforme mandamento legal extraído do parágrafo único do art. 76 do Código Civil Brasileiro (CCB) e a norma que estabelece a unidade familiar, prevista na CF/1988 no art. 226, no qual há previsão que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Para que o servidor tenha direito à remoção é necessária que a ruptura familiar tenha ocorrido em virtude de o Estado, atendendo o seu interesse, ter perpetrado o rompimento do convívio do casal, deslocando o servidor.

Dessas lições extraem-se duas importantes conclusões que comumente são discutidas nos Tribunais Pátrios: a relação de convivência ou casamento entre os servidores deve ser prévia à ruptura, além da remoção de um deles ter sido imposta no interesse da Administração, o que exclui a possibilidade de acompanhamento do consorte quando este der causa ao rompimento da vida conjugal, tomando posse em cargo público em localidade diversa, por exemplo.

Para melhor explicitar o afirmado, pede-se licença para a transcrição de alguns arestos proferidos no âmbito do STJ:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REMOÇÃO EX-OFFICIO. ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, III, A, DA LEI N. 8.112/90. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CARÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO. INDEFERIMENTO. 1. Extrai-se do art. 36, da Lei n. 8.112/90, parágrafo único, III, a, que a remoção, quando preenchidos os pressupostos legais, constitui direito subjetivo do servidor, independente do interesse da Administração e independente da existência de vaga, como forma de resguardar o cânones da unidade familiar. 2. A remoção para acompanhamento de cônjuge exige, obrigatoriamente, prévio deslocamento de qualquer deles no interesse da Administração, não sendo admitido qualquer outra forma de alteração de domicílio. 3. In casu, a referida exigência não se mostra presente, uma vez que a esposa, ora agravante, prestou concurso para cidade fora do domicílio do casal, e já sabia ela que seria lotada em outra localidade. Não se trata, portanto, de interesse da Administração. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no Ag: 1318796 RS 2010/0109471-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 26/10/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/11/2010)

Verifica-se, portanto, que a relação de convivência deve ser prévia ao deslocamento, sob pena de não restar demonstrada a ruptura do convívio conjugado em virtude da atuação do Estado.

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PEDIDO DE REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE DESLOCAMENTO E DE INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Da exegese do art. 36, inciso III, alínea a da Lei 8.112/90 pode-se extrair que, para a concessão de remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro, faz-se necessário o implemento de duas condições: (a) a exigência de Servidor Público consorte daquele a ser acompanhado e (b) que o deslocamento deste tenha se efetivado por interesse da Administração, o que é de molde a afastar a aplicação do instituto, nas investiduras iniciais. 2. *É de se colher do relatado e provado nos autos que não há o cumprimento da segunda condicionante imposta pelo legislador ordinário, uma vez que tanto o impetrante quanto sua esposa experimentam o primeiro provimento em seus respectivos cargos públicos, não se podendo, desse modo, cogitar de qualquer deslocamento sofrido.* 3. O impetrante, ao se submeter ao certame para o cargo de Agente Penitenciário Federal, tinha

prévio conhecimento que a lotação, nos termos do edital, ocorreria nos dois únicos presídios federais existentes no País, localizados nas cidades de Catanduvas/PR e Campo Grande/MS, o que demonstra que a repercussão sobre a unidade familiar não resultou de sua lotação por remoção. 4. Tende a traumatizar a unidade familiar e, portanto, o interesse da coletividade, o afastamento do seu convívio diário e direto, porém a estrutura da Administração, que observa a lotação atribuída em lei para cada órgão, não comporta à aplicação imoderada do instituto da remoção, a ponto de se conceder o pedido de deslocamento a todo e qualquer servidor público que assuma cargo que impossibilite a manutenção da convivência familiar diária e direta. 5. Em que pesem os relevantes motivos invocados pelo recorrente para demonstrar o seu premente desejo de residir juntamente com sua família, não ficou devidamente comprovada 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; anote-se que, neste caso, na estrutura do GDF não há o cargo para o qual o impetrante foi selecionado em certame público. 6. O interesse público, eixo axiomático do Direito Administrativo, está patente e presente na proteção na unidade familiar, que segundo o art. 226 da CF é a base da sociedade, independentemente da causa que aparta o convívio entre seus integrantes; contudo, a peculiaridade da inexistência de estabelecimento prisional federal na localidade do domicílio dos familiares do Servidor impede que a Administração contribua para a preservação do núcleo íntimo de sua família. 7. Ordem denegada

(STJ-MS: 12887 DF 2007/0131055-3, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 24/09/2008, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 09/10/2008)

3.3.2 REMOÇÃO POR MOTIVO DE SAÚDE DO SERVIDOR, CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE QUE VIVA ÀS SUAS EXPENSAS E CONSTE COMO DEPENDENTE NO SEU ASSENTO FUNCIONAL

A remoção a pedido por razões de saúde tem a sua base hermenêutica constitucional prevista no art. 196 do Estatuto Supremo de 1988, que assim determina:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Portanto, cabe ao Estado assegurar ao seu servidor o deslocamento de localidade quando a que inicialmente lotado for insuficiente para atender as suas exigências médicas de tratamento ou de cônjuge ou parente.

No entanto, para o reconhecimento de tal prerrogativa é necessário o preenchimento de alguns requisitos previstos na alínea “b” do inciso III do parágrafo único da lei nº 8.112/1990. São eles:

- 1) Pedido formulado pelo servidor;
- 2) Por motivo de saúde, sua ou de cônjuge ou parente;
- 3) O terceiro acima mencionado deve viver sob as expensas do agente público;
- 4) Deve haver o registro dessa circunstância (item 3) no assento funcional.
- 5) Condicionada à comprovação por Junta Médica Oficial.

A explanação do primeiro requisito não comporta maiores dificuldades. O cerne da questão é que a remoção jamais, pelo menos considerando a aplicação do dispositivo (lembra-se que o Estado sempre poderá remover o seu servidor unilateralmente, quando evidenciado o seu interesse), será realizada de ofício pela Administração Pública, necessitando de prévio requerimento do servidor interessado.

O segundo requisito também é autoexplicativo: exige-se que a motivação seja a saúde do servidor ou parente seu, conquanto deva haver a comprovação por Junta Médica Oficial, conforme melhor será detalhado nos parágrafos seguintes.

Os 3º e 4º requisitos poderão ser analisados conjuntamente. Para o deferimento da remoção a pedido por motivos de saúde de cônjuge, companheiro ou parente do servidor é necessária a indicação de que aquele é seu dependente nos assentos funcionais. A previsão é objetiva, e busca impedir que ocorra surpresas à Administração Pública por parte do servidor ao indicar problemas de saúde em qualquer parente seu, ainda que não previamente informado, para possibilitar a transferência de localidade.

Ainda nesse sentido, no que concerne a 4ª exigência, não obstante a necessidade de que o parente viva a expensas do servidor, sob sua dependência, esta não necessariamente será de ordem econômica. Ao

menos essa circunstância não se mostra imprescindível. Esse tem sido o entendimento do Colendo Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

AGRADO DE INSTRUMENTO. REMOÇÃO. MOTIVO DE SAÚDE. MÃE DO SERVIDOR. 1. O servidor público tem direito à remoção a pedido, independentemente do interesse da Administração, desde que seja por motivo de saúde do servidor, do cônjuge, do companheiro ou de dependente que viva as suas expensas, condicionado à comprovação por junta médica oficial. 2. Concluindo assistente social do Departamento de Polícia Federal pela remoção, presente o requisito legal necessário à remoção. 3. *Corte Constitucional firmou posição de que essa deve ser entendida em sentido amplo, não sendo imprescindível a dependência econômica.* (Cf. MS 22.336-7/CE, Plenário, Min. Octavio Gallotti, DJ 22/06/2001.) 4. Agravo provido.

(AG 0007844-21.2009.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 p.116 de 07/07/2009) (grifou-se)

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF), enfrentando o tema, no Mandado de Segurança nº 22.336, de relatoria do Ministro Octavio Galotti, se pronunciou no sentido que “não se inclui, entre as condições indispensáveis ao reconhecimento desse direito, a comprovação da dependência econômica da pessoa a ser assistida pelo servidor”

Por fim, o último requisito é a comprovação da necessidade de remoção para fins de saúde por Junta Médica Oficial.

Primeiro ponto importante é que a lei rechaça a possibilidade de laudos particulares, sem analisar o mérito da idoneidade ou não deles, subsidiarem a decisão do Administrador quanto ao deferimento do pleito formulado pelo servidor.

Segunda questão interessante é a imperiosidade de a Junta Médica Oficial atestar a necessidade de deslocamento de sede do agente público. Isso por que o Administrador estará vinculado ao seu parecer. Nesse sentido tem sido a manifestação recorrente nos Tribunais Superiores, conforme, exemplificativamente, se extrai do acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), transscrito a seguir:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA ESTADUAL. CONCURSO

PÚBLICO. PRIMEIRA INVESTIDURA. ANUÊNCIA ÀS REGRAS DO EDITAL QUANTO ÀS LOCALIDADES DE LOTAÇÃO. REMOÇÃO A PEDIDO. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 68, DE 9/12/1992. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. NECESSIDADE DE TRATAMENTO DE SAÚDE PRÓPRIO E DE ASSISTÊNCIA A DEPENDENTE NÃO COMPROVADOS PELO ÓRGÃO MÉDICO OFICIAL. PRECEDENTES. 1. Trata-se de agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso ordinário, uma vez que a situação da recorrente não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais para o deferimento da remoção, não se verificando a presença de direito líquido e certo a amparar a pretensão em face de ausência de lei específica. 2. No caso de pedido de remoção desamparado dos requisitos legais, o servidor deve submeter-se aos juízo de discricionariedade, oportunidade e de conveniência da Administração, com prevalência do interesse público em detrimento do interesse privado, que é o caso dos autos. Precedente: MS 12.887/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 09/10/2008. 3. *A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de que os requisitos autorizadores da remoção por motivo de saúde (física ou psicológica) do servidor ou de seus dependentes, devem ser comprovados pelo órgão médico oficial*, tal como determina o artigo 49, II, c, da Lei Complementar n. 68/1992, do Estado de Rondônia, fato que não ocorreu nos presentes autos. Precedente: RMS 18.196/PI, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 08/11/2004, p. 253. 4. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no RMS: 32635 RO 2010/0137069-2, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 17/02/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2011) (*grifou-se*)

Regulamentando o dispositivo, a Secretaria de Recursos Humanos (SRH) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) lançou o “Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal”, no qual, além de aduzir que o laudo médico é indispensável à análise do pedido de remoção, foram estabelecidas algumas diretrizes que deverão ser informadas no documento, dentre elas destaca-se:

- 1 - as razões objetivas para a remoção;

2 - se a localidade onde reside o servidor ou seu dependente legal é agravante de seu estado de saúde ou prejudicial à sua recuperação;

3 - se na localidade de lotação do servidor não há tratamento adequado;

4 - se a doença é preexistente à lotação do servidor na localidade e, em caso positivo, se houve evolução do quadro que justifique o pedido;

5 - quais os benefícios do ponto de vista médico que advirão dessa remoção, com justificativas detalhadas;

6 - quais as características das localidades recomendadas;

7 - se a mudança de domicílio pleiteada terá caráter temporário e, em caso positivo, qual o prazo para nova avaliação médica;

8 - qual o prejuízo ou agravo para a saúde do servidor ou seu cônjuge, companheiro ou dependente caso residam em localidades distintas da localidade de lotação do servidor;

9 - se o tratamento sugerido é de longa duração e se não pode ser realizado na localidade de lotação do servidor;

10 - se o servidor é o único parente do seu dependente legal com condições de dar-lhe assistência, devendo ser ouvido, neste caso, o parecer do serviço social e ser observada a indissolubilidade da unidade familiar.”

Após a elaboração do laudo médico, este deve ser submetido à autoridade competente para decidir acerca da remoção.

Em conclusão, esclarece-se que a Jurisprudência pátria já firmou a convicção de que o Administrador, uma vez preenchidos todos os requisitos previstos em lei e regulamento, estará vinculado às conclusões do parecer médico, sendo, portanto, a remoção direito subjetivo do servidor. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

**ADMINISTRATIVO. REMOÇÃO A PEDIDO. DOENÇA EM
DEPENDENTE QUE VIVE ÀS EXPENSAS DO SERVIDOR.
COMPROVAÇÃO POR JUNTA MÉDICA OFICIAL. ARTIGO**

36, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, ALÍNEA B, DA LEI 8.112/90. 1. *Tem direito à remoção de que trata o artigo 36, Parágrafo Único, inciso III, alínea b, da Lei 8.112/90, independentemente do interesse da Administração, o servidor que comprova, por meio de laudo produzido por junta médica oficial, doença em dependente seu, constante dos assentamentos funcionais, que justifica a mudança de residência.* 2. Ademais, a Constituição Federal/88, no art. 226, estabeleceu especial proteção à família ao afirmar que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Elegeu, também, o amparo e a proteção do idoso como valor essencial a ser preservado e realizado pela família, pela sociedade e pelo Estado, dispondo no art. 223 que estas três instituições “têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. 3. Não havendo nenhum prejuízo para terceiros, visto que a remoção se dá independentemente de vaga, é desaconselhável a desconstituição de situação de fato consolidada há mais de 5 (cinco) anos, por força de decisão judicial provisória, e conciliável, ademais, com a norma vigente. 4. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento

(TRF-1 - AMS: 34463 DF 1999.34.00.034463-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, Data de Julgamento: 31/05/2006, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 14/08/2006 DJ p.14)

3.3.3 REMOÇÃO EM VIRTUDE DE PROCESSO SELETIVO

Essa espécie de transferência é a que tem causado maiores discussões na doutrina e jurisprudência: o descolamento em virtude de processo seletivo, ou, conforme comumente denominado pelos servidores: remoção por concurso de remoção.

Segundo a lei, a aludida hipótese aplica-se quando o número de interessados no deslocamento for superior ao número de vagas. Esse processo será regido de acordo com as normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que estejam lotados, geralmente dispostas em editais.

A remoção oriunda de processo seletivo constitui uma das hipóteses a pedido do servidor, *independente do interesse da Administração*. Esta apenas disponibiliza aos interessados as vagas que dispõe em localidades preestabelecidas. Assim, evidencia-se que há conveniência apenas indireta do Estado.

No entanto, este não tem sido o entendimento prevalecente no âmbito da Jurisprudência, que vem estabelecendo que há interesse direto da Administração Pública na remoção do servidor no supracitado processo, permitindo até mesmo a conjugação da alínea “a” do inciso III do parágrafo único da lei nº 8.112/1990 com a referida hipótese, ou seja, o servidor teria direito a remoção quando o seu cônjuge ou companheiro tenha se transferido após participar de processo seletivo. Veja-se o seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. REMOÇÃO A PEDIDO, INDEPENDENTEMENTE DO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO, PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE LOTADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. PRELIMINARES ARGUIDAS PELA UNIÃO REJEITADAS. LEI 8.112/90. REQUISITOS DO ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, III, A ATENDIDOS. CÔNJUGE QUE RESTOU REMOVIDO POR MEIO DE CONCURSO INTERNO DE REMOÇÃO. INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO CARACTERIZADO. 1. O cerne da presente questão é o reconhecimento ou não, do direito à remoção da apelada, Advogada da União, da Consultoria Geral da União - Ministério das Comunicações, em Brasília/DF, para o Núcleo de Assessoramento Jurídico - NAJ ou para a Procuradoria Regional - 5^a Região, em Recife/PE, no intuito de acompanhar seu cônjuge. 2. Preliminar de ilegitimidade ativa para a causa do autor. O cônjuge da servidora tem legitimidade para compor o pólo ativo da demanda, em face do liame com a relação jurídica em litígio e interesse jurídico na manutenção da unidade familiar. 3. Competência das varas federais comuns da Seção Judiciária de Pernambuco para processar e julgar o feito, nos termos da Lei nº 10.259/01. É competente para processar e julgar a demanda a Seção Judiciária de Pernambuco, com fundamento no art. 109, parágrafo 2º, da CF. Preliminares que devem ser afastadas. 4. Arguição de impossibilidade jurídica do pedido também deve ser rejeitada, tendo em vista que o objeto da presente ação, qual seja a remoção de servidor público para acompanhamento de cônjuge, está previsto na Lei nº 8.112/90. 5. Presentes os requisitos legais previstos no parágrafo único do art. 36, da Lei nº 8.112/90, para fins de remoção de servidor, existindo o deslocamento do cônjuge por interesse da Administração. 6. O concurso interno de remoção visa a adequar o quantitativo de servidores às necessidades das Unidades da Procuradoria da Fazenda Nacional. Não há dúvidas de que o deslocamento do cônjuge da autora, Procurador da Fazenda

Nacional, removido através de concurso interno de remoção para a cidade de Recife/PE, se deu por interesse da Administração. 7. Tendo em vista que a remoção de seu cônjuge se deu por interesse da Administração, a parte autora tem direito a ser removida para acompanhar seu esposo, nos termos do disposto no art. 36, III, a, da Lei nº 8.112/90, independentemente do interesse da Administração, de modo que não merece reparos a sentença recorrida. 8. Apelação improvida.

(TRF-5 - AC: 484611 PE 0002355-21.2009.4.05.8300, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Data de Julgamento: 06/05/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 17/05/2010 - Página: 96 - Ano: 2010)

Tal conclusão, que vem se tornando cada vez mais recorrente nos Tribunais Pátrios, com todas as vênias, não está indene de críticas, isso por que a legislação parece ser clara de que a remoção em virtude de processo seletivo não constitui interesse da Administração e somente se perfaz após o pedido do servidor.

Outra questão que merece ressalte é a de que somente caberá acompanhar o cônjuge *servidor* que foi deslocado no interesse da Administração. A hipótese afasta a possibilidade de consortes empregados, ainda que em sociedades de economia mista ou empresa pública. Isso por que não é dado ao Estado a obrigação de compatibilizar o seu interesse com o do setor privado, no qual as transferências são feitas de maneira recorrente, sem maiores formalidades.

No entanto, não é essa a visão que tem prevalecido nos Tribunais Superiores, conforme infere-se do recentíssimo julgado da 3 Seção do STJ:

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL À REMOÇÃO PARA ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL.

O servidor público federal tem direito de ser removido a pedido, independentemente do interesse da Administração, para acompanhar o seu cônjuge empregado de empresa pública federal que foi deslocado para outra localidade no interesse da Administração. O art. 36, parágrafo único, III, “a”, da Lei 8.112/1990 confere o direito ao servidor público federal de ser removido para acompanhar o seu

cônjugue “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. A jurisprudência do STJ vem atribuindo uma interpretação ampliativa ao conceito de servidor público para alcançar não apenas os que se vinculam à Administração Direta, mas também os que exercem suas atividades nas entidades da Administração Indireta. Desse modo, o disposto no referido dispositivo legal deve ser interpretado de forma a possibilitar o reconhecimento do direto de remoção também ao servidor público que pretende acompanhar seu cônjuge empregado de empresa pública federal, até mesmo por quanto a CF, em seu art. 226, consagra o princípio da proteção à família, bem maior que deve ser protegido pelo Poder Público, mormente quando este figura como empregador. MS 14.195-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/3/2013.

Para finalizar, polêmica situação deve ser abordada: a preferência dos servidores ocuparem as novas vagas que surgirem no âmbito do quadro funcional em detrimento de novos nomeados, quando o concurso público de provimento dos primeiros for regionalizado.

Em regra, a prevalência para o ocupação das novas vagas que surjam no âmbito da Administração Pública é dos servidores antigos, com base na interpretação contida no inciso IV do art. 37, *in verbis*:

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

No entanto, discute-se a relativização dessa interpretação quando os concursos que os servidores antigos participaram foram regionalizados. Explica-se:

O Brasil é um país de dimensões continentais, sendo o serviço público federal atendido por uma complexa estrutura administrativa. Por isso, são corriqueiros, atualmente, os famosos concursos federais *regionalizados*, que são aqueles que, embora abranjam todo o território nacional, ou parte dele, oferecem inscrições especificamente para cidades e estados da Federação, com o fim de prover as vagas com servidores oriundos daquelas regiões, evitando-se sucessivas remoções e o consequente prejuízo à continuidade do serviço público.

Tal formato de certame é plenamente admitido pela jurisprudência brasileira, inclusive em sede de jurisdição extraordinária:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONTROLE JUDICIAL. LIMITAÇÃO. LEGALIDADE E VINCULAÇÃO AO EDITAL. CRITÉRIOS E REGRAS EDITALÍCIAS. ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. REGRA DO EDITAL REGIONALIZAÇÃO. CABIMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NÃOCONFIGURADO. 1. O controle do Poder Judiciário, em tema de concurso público, deve limitar-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital; em razão da discricionariedade da Administração Pública, que atua dentro do juízo de oportunidade e conveniência, na fixação dos critérios e normas editalícias, os quais deverão atender aos preceitos instituídos pela Constituição Federal de 1988, mormente o da vedação de adoção de critérios discriminatórios. 2. O critério da regionalização previsto em edital de concurso público não inquia o certame de ilegalidade, quando respeitados os princípios constitucionais, mormente o da isonomia. Precedentes. 3. *Não há ilegalidade na norma editalícia que elimina o candidato do certame se não aprovado dentro do número de vagas para a região/localidade escolhida no momento da inscrição, não possuindo o candidato não tem direito a concorrer em vaga em região diversa daquela em que se inscreveu.* 4. No caso dos autos, o Edital n.º 08, de 08 de junho de 2007, estabeleceu que, caso fosse habilitado no certame e tivessem sido esgotadas as vagas da Unidade Administrativa para a qual inicialmente fizera a opção, o candidato, no momento da inscrição, poderia optar por integrar a denominada “lista geral”, para concorrer às demais Unidades Administrativas do Estado de São Paulo. Assim, mesmo não tendo se classificado dentro do número de vagas para a localidade escolhida, permaneceria no certame com possibilidade de concorrer às vagas não ocupadas pela chamada “lista regional”. 5. Recurso ordinário conhecido e desprovido.

(STJ - RMS: 28751 SP 2009/0018720-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/12/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2011)

O grande objetivo ao se realizar um concurso regionalizado é justamente manter o órgão administrativo a ter as vagas providas “abastecido” de servidores, ainda que essas unidades não possuam

grande procura pelos candidatos. Assim, privilegia-se o interesse da Administração, pressupondo que, pelo menos por certo tempo, não haverá nova defasagem de pessoal.

Evidentemente que os locais mais concorridos serão aqueles onde a procura de candidatos for maior.

Para evitar a injustiça de que concorrentes nomeados com menores notas possam, após pouco tempo em exercício em localidades com baixa procura ou alta oferta, serem lotados nas regiões de grande demanda, o edital poderá prever uma limitação temporal para que o direito a remoção, em sua plenitude, seja exercido, restringindo a aplicação da hipótese ora estudada.

Dessa forma, é plenamente factível que haja prevalência aos novos nomeados em detrimento dos servidores mais antigos, relativizando a aplicação da norma contida no inciso IV do art. 37 da CF/1988.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfrentadas, ponto por ponto, todas as premissas que envolvem o instituto pode-se concluir que, a despeito da clareza dos preceitos contidos no art. 36 da lei nº 8.112/1990, muitas interpretações extensivas do dispositivo vem sendo exaradas com cada vez mais frequência pela doutrina e, sobretudo, na jurisprudência pátria, alargando a aplicação do direito, prestigiando, sob a égide da unidade familiar, o deslocamento do servidor.

Tal situação não está indene de críticas além de, no campo prático, causar sérios transtornos a Administração Pública que se vê compelida a atender interesses privados em detrimento da conveniência pública acarretando sérios problemas na prestação do serviço prestado pelo Estado à população.

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: 25 ago. 2013.

_____. *Lei nº 8.112 (1990)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 26 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag: 1318796 RS 2010/0109471-7*, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 26/10/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17553867/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1318796-rs-2010-0109471-7>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *MS: 12887 DF 2007/0131055-3*, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 24/09/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/884996/mandado-de-seguranca-ms-12887-df-2007-0131055-3>>. Acesso em: 25 ago. 2013

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *AMS:34463 DF 1999.34.00.034463-0*, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, Data de Julgamento: 31/05/2006. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2225886/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-34463-df-19993400034463-0>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *MS 14.195-DF*, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/3/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/?vPortalArea=1185>>. Acesso em: 24 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS: 28751 SP 2009/0018720-9*, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/12/2011. Disponível: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285911/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-28751-sp-2009-0018720-9-stj>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume Único.

ROCHA FURTADO, Lucas. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum. Volume Único.

OLIVEIRA, Antônio Flávio. *Servidor Público*: remoção, cessão, enquadramento e redistribuição. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum.

AZEITUNO, Nadja Adriano de Santana. Remoção de servidor público federal por motivo de saúde. Breve análise da hipótese descrita no art. 36, parágrafo único, III, “b”, da Lei nº 8.112/90. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3180, 16 mar.2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21295>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

O PAPEL INOVADOR DA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL: FUNDAMENTOS E BENEFÍCIOS DE SUA FUNÇÃO CONCILIATÓRIA

THE INNOVATIVE ROLE BY THE CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL: FUNDAMENTALS AND BENEFITS OF ITS MEDIATION

Pedro Henrique Magalhães Lima

Advogado da União

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp

SUMÁRIO: Introdução; 1 As competências da CCAF: instauração, instrução, conciliação e propositura de arbitragem; 2 Os benefícios resultantes da conciliação levada a cabo pela CCAF; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata das funções Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF). Faz-se um cotejo dos princípios constitucionais desenvolvidos no desempenho de suas atividades. Analisa-se os fundamentos legais que deram ensejo ao surgimento da CCAF, bem como as competências a ela conferidas pela Portaria/AGU n. 1.281/2007 e pelo Decreto n. 7.392/2010. Posteriormente, faz-se consideração acerca de quatro benefícios que se identificou na resolução de controvérsias por conciliação na CCAF: a indireta uniformização de posicionamento jurídico na Administração Pública; a diminuição da judicialização de demandas da União; o melhor acolhimento, pelas partes, da solução encontrada para a controvérsia, e; a melhor adequação das soluções à técnica que envolve determinado assunto, bem como às políticas públicas governamentais.

PALAVRAS-CHAVE: CCAF. Fundamentos. Competências. Conciliação. Arbitragem. Benefícios.

ABSTRACT: This article is about the competences of the Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF). In this brief study, an analysis of the constitutional principles involved in the development of its activities is done. It is also studied the legal basis that made possible the creation of CCAF, as well as the competences assigned to this organism by the Portaria/AGU n. 1.281/2007 e pelo Decreto n. 7.392/2010. Later on, four benefits of the mediation at the CCAF are considered: the indirect standardization of legal positions; the decrease of judicial demands involving União; the better reception of the decision by the parts involved; the better adequacy of the decision in a technical and political point of view.

KEYWORDS: CCAF. Fundamentals. Competences. Mediation. Arbitration. Benefits.

INTRODUÇÃO

A Câmara de Conciliação e Arbitragem, órgão da Consultoria-Geral da União (CGU), que por sua vez é órgão de direção da Advocacia-Geral da União (AGU), vem exercendo um papel pioneiro no cenário jurídico brasileiro. Em linhas gerais (já que suas atribuições serão estudadas em tópico próprio, mais a frente), a CCAF possui competência para conciliar controvérsias entre órgãos da Administração Federal Direta, ou entre estes e entidades da Administração Federal Indireta, entre a Administração Pública Federal e Estados e Municípios. Além disso, possui competência para propor o arbitramento quando infrutífera a conciliação.

No nosso entender, o ponto de partida na busca do fundamento constitucional da atuação da CCAF é o art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), *verbis*: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”.

O fato de nossa República constituir-se em Estado Democrático de Direito traz para o Estado o dever de se submeter rigorosamente aos ditames da legalidade. As normas, colocadas em vigor de forma democrática e legítima, a todos devem ser aplicadas, inclusive ao Estado, conquista historicamente obtida com a paulatina a luta contra o dogma que informava que os representantes do Estado não erravam, e estavam acima de qualquer regulamentação, aplicadas tão somente aos súditos.

Mais adiante, o artigo 37, *caput*, da CF/88, impõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

Trata-se de desenvolvimento do postulado do Estado Democrático de Direito, exigindo-se que a Administração Pública, nas suas relações com seus órgãos e entidades, bem como com os particulares, se norteie pela Legalidade. Faz-se, inclusive, diferença entre a legalidade aplicável aos particulares, prevista no art. 5º, *caput*, com aquela do *caput* do art. 37. No primeiro caso trata-se da aplicação da lógica de que, o que não é vedado, é permitido. Em contrapartida, a legalidade aplicada no âmbito das relações entre o Estado e outros órgãos ou entidades públicas, ou

entre aquele e os particulares, informa que somente é permitido atuar conforme um mandamento autorizador legitimamente editado. Vale dizer, aos particulares é dado fazer tudo aquilo que não é proibido. Já ao Poder Público somente é permitido fazer aquilo que lhe é deferido, tendo em conta Princípio Republicano, que lhe dá a incumbência de bem curar o interesse público. Veja-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei.

[...]

Nos termos do art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aí não se diz “em virtude de” decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se, “em virtude de lei”. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento a algum terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. [...]¹

Assim, toda norma que atribui competência tem por finalidade dar ao Estado instrumento para a consecução de um interesse público. É dessa necessária obediência à Legalidade estrita que surge o Poder de Autotutela da Administração Pública. Ora, considerando-se que o Estado existe para a consecução do interesse público, o que se faz através de atribuições normativas, no caso de a Administração encontrar-se frente a uma situação de ilegalidade de algum ato praticado no seu íntimo, esta terá o dever de anulá-lo. Trata-se, atualmente, de realidade inconteste, que encontra respaldo, inclusive, em duas súmulas do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 473:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 96, 97, 99 e 100.

originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Súmula 346:

A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

É também nesse sentido as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

[...]

A Administração Pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que não é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com estes erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários.

[...]²

E no nosso entender, é também, e primordialmente, com base no mesmo Princípio da Legalidade, que tem por consequência deferir à Administração o dever da Autotutela, que a CCAF pode atuar legitimamente. Partindo-se do princípio de que todo interesse perseguido por qualquer órgão ou entidade é um interesse público, e que estes órgão e entidades somente podem agir segundo uma norma legitimamente instituída, eventuais conflitos entre as pessoas políticas, entre essa e as entidades das administrações indiretas, e entre entidades das administrações indiretas, somente podem consubstanciar em um “conflito aparente de normas”³, que demanda um exercício hermenêutico a fim de que não haja mácula ao Princípio da Legalidade.

E é exatamente nesta situação que a CCAF entra em cena, como um órgão que busca, num cenário de dialogo, a melhor interpretação legal, a interpretação que busca verdadeiramente o interesse público,

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 33.

³ MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. Direitos públicos indisponíveis e transação pela Advocacia-Geral da União. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2470, 6 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14637>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

já que seria difícil se conceber um real conflito entre normas que são vocacionadas, ambas, ao atendimento do mesmo fim, o interesse público.

Neste trabalho, é importante frisar, parte-se da premissa de que sempre deve haver coincidência entre o que alguns chamam de interesse público primário e interesse público secundário, encampando-se a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, no seguinte sentido:

[...] o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.⁴

Acredita-se, também, que a atuação da CCAF também tem fundamento no Princípio da Isonomia e da Eficiência, que no caso estudado estão intimamente relacionados.

O art. 5º, *caput*, da CF/88, prevê que todos são iguais perante a lei. Tradicionalmente se interpreta este dispositivo tendo por campo de aplicação a relação entre Estado a particulares, ou entre particulares. Dessa mesma forma, o art. 37, *caput*, CF/88, quando impõe à Administração atuação conforme os ditames da impessoalidade, é interpretado no sentido de que, na relação entre Administração e particulares, àquela não é permitido atuar de forma não isonômica, proibindo-se distinções e privilégios sem fundamento na igualdade material, ou substancial.

Contudo, percebe-se que o Princípio da Igualdade ou Isonomia, que no dispositivo direcionado à Administração Pública toma o nome de Impessoalidade, tem fértil campo de aplicação nas relações entre órgãos da Administração Pública Direta, entre estes e a Administração Pública Indireta, e entre entidades da Administração Pública Direta.

Numa relação entre Estado e particulares o foco que se dá à Igualdade é de que não se deve deferir vantagens a uma pessoa se esta vantagem não é extensível a todos que se encontram naquela mesma situação. Por outro lado, não se deve dar tratamento menos favorecido a alguém se outros, que estão na mesma situação, recebem tratamento melhor. Vale dizer, a igualdade, nestas relações, é tradicionalmente vista como impossibilidade de conferir tratamento mais, ou menos, favorecido a determinada pessoa. E nisto está a tônica do que se quer definir. Nestas situações a igualdade é voltada para as pessoas, considerados como indivíduos.

Contudo, caso não se dê o tom de pessoalidade na aplicação do Princípio da Isonomia, acredita-se que ele pode ser eficazmente aplicado nas relações entre pessoas estatais. Contudo, nessas relações, o

⁴ MELLO, op. cit., p. 63.

resultado que se obterá com a aplicação do Princípio da Impessoalidade (ou Isonomia) não será o não favorecimento ou desfavorecimento de um órgão ou entidade pública. E isto por uma razão muito simples: um órgão ou entidade não tem individualidade em sentido técnico, mas constitui-se num plexo de competências, destinadas sempre à consecução de uma finalidade de interesse público. Nesse sentido Bandeira de Mello ensina que órgãos públicos são “*unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado. [...] os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais.*” Já sobre a descentralização, fenômeno através do qual o Estado transfere atribuições a outra pessoa jurídica, ele afirma que:

A descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas: aquela que originariamente tem ou teria titulação sobre certa atividade e aquela ou aquelas às quais foi atribuído o desempenho das aditividades em causa.⁵

As relações entre órgãos ou entidades públicas são inúmeras, e envolvem, sem sombra de dúvida, um grande volume de recursos públicos e humanos. Assim, aplicando-se a isonomia nessas relações o resultado que obteremos é uma atuação uniforme, e atuação uniforme significa menor gasto de recursos públicos, menos demandas judiciais e menos tempo dos servidores gasto numa questão repetitiva, ou seja, eficiência.

Dai se disse, linhas atrás, que o respeito ao Princípio da Isonomia no âmbito das relações entre órgãos e entidades públicas acaba por desgavar em uma maior eficiência, que foi erigido a Princípio da Administração Pública no caput do art. 37 da CF/88.

E, como se verá, a CCAF, ao conseguir a conciliação numa determinada controvérsia, poderá acabar por uniformizar, em certa medida, o modo de atuar do estado, uniformidade que resulta em eficiência administrativa.

1 AS COMPETÊNCIAS DA CCAF: INSTAURAÇÃO, INSTRUÇÃO, CONCILIAÇÃO E PROPOSITURA DE ARBITRAGEM

A Advocacia-Geral da União foi alçada, pela Constituição da República, de 1988, ao nível de função essencial à justiça, tendo por competência a representação judicial e extrajudicial da União, bem como a consultoria e o assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 131, CF/88).

Desenvolvendo este mandamento constitucional, a Lei Complementar 73, de 1993, dispõe sobre sua organização e funcionamento, bem como

⁵ MELLO, op. cit., p.136-147.

minudencia suas competências. Nos interessa, no cotejo das atribuições da CCAF, as competências relativas às atividades de consultoria.

Primeiramente, o art. 4º, I, da Lei Complementar 73/93, destaca que incumbe ao Advogado-Geral da União a superintendência e a coordenação das atividades da AGU. Nesse sentido, esta autoridade, especificamente no que se refere à atividade consultiva, tem como algumas de suas competências: fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal (art. 4º, X); unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal (art. 4º, XI); e, editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais (art. 4º, XII).

É fácil de perceber que ao Advogado-Geral da União foi passada a incumbência de uniformizar os entendimentos jurídicos sobre matérias relativas à Administração Federal. O legislador, vislumbrando a possibilidade de eventualmente surgirem conflitos de atribuições entre órgãos administrativos, lhe impôs, ainda, a prerrogativa de dirimir controvérsias eventualmente surgidas.

Em verdade, a própria Lei Complementar já cuidou de dar alguns instrumentos para que o Advogado-Geral pudesse levar a cabo esta atribuição de pacificação de conflitos entre órgãos. No Título V, da referida lei, torna-se expressa a possibilidade de edição de pareceres e súmulas administrativas que vinculam, em maior ou menor medida, a Administração Federal. Por exemplo, o parecer aprovado pelo AGU e publicado juntamente com despacho da Presidência da República vincula a toda a Administração Federal (art. 40, §1º). Já o parecer aprovado, mas não publicado, tem sua força vinculatória limitada às repartições interessadas (art. 40, §2º). Da mesma forma que os pareceres aprovados pela autoridade máxima da AGU, as súmulas administrativas também têm caráter obrigatório relativamente aos órgãos de direção superior e de execução da AGU.

Assim, incontestável a competência do Advogado-Geral da União para a uniformização de posicionamentos jurídicos dentro da Administração Federal, bem como da possibilidade de, em havendo possibilidade de surgimento de conflitos, ou já os existindo, solucionar a controvérsia.

Neste diapasão, a Lei Complementar 73/93, no art. 4º, XVIII, ainda dispôs que é da competência do Advogado-Geral da União a edição de atos normativos inerentes às suas funções. Este dispositivo da Lei Orgânica, fundamentou a edição da Portaria/AGU 1.281, de 27 de setembro de 2007, que criou a CCAF.

Logo no artigo 1º da Portaria ficou estabelecido que competiria à CCAF o “deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, por meio de conciliação ou arbitramento, no âmbito da Advocacia-Geral da União”.

Posteriormente, em 13 de dezembro de 2010, foi editado o Decreto n. 7.392, que trouxe em seu Anexo I a Estrutura Regimental da Advocacia-Geral da União, e no art. 18 as atribuições da CCAF:

[...]

Art.18. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete:

I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;

II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação;

III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios;

IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial;

V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório;

VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e

VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

[...]

A competência inicial conferida à CCAF é a de decidir sobre a admissibilidade do pedido de resolução de conflitos por meio da conciliação. Assim o faz tanto a Portaria/AGU n. 1.281/2007, no art. 6º, *caput*, c/c parágrafo único, bem como o Decreto n. 7.392/2010, Anexo I, art. 18, I.

São legitimados para o pedido de conciliação os Ministros de Estado, os dirigentes de entidades da Administração Federal indireta, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Procurador-Geral Federal e os Secretários-Gerais de Contencioso e de

Consultoria (art. 3º, e incisos, da Portaria/AGU n. 1.281/2007). Realiza-se, nesse momento, exame prévio da admissibilidade da conciliação, bem como da devida instrução da solicitação, nos termos do art. 4º, e incisos, da Portaria, e passa-se à conciliação propriamente dita.

Contudo, antes que se adentre à fase das reuniões, foi deferida à CCAF uma importante competência instrutória. Segundo o art. 18, II, do Anexo I, do Decreto, a CCAF passa a ser competente para requisitar, aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, informações para subsidiar a sua atuação conciliatória. Assim, vislumbrando-se a possibilidade de haver conciliação, mesmo que a solicitação venha destituída dos elementos de informação necessários, pode a CCAF diligenciar para obtê-los.

Os incisos III, IV e V, do art. 18, do Anexo I, do Decreto n. 7.392, tratam das competências conciliatórias da CCAF. A conciliação pode se dar em conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Além de atuar prevenindo eventual judicialização de conflitos, a CCAF também atua no sentido de por fim a conflitos já judicializados. Tal se dá nos casos em que, Ministros de Tribunais Superiores, demais membros do Poder Judiciário ou órgãos de direção superior da AGU, que atuam no contencioso judicial, remetam as questões à CCAF.

Muito interessante é a possibilidade de a CCAF promover a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório. Esta possibilidade é, inclusive, estabelecida mais genericamente também na Lei Federal n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública - LACP), em seu art. 5º, § 6º:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

[...]

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

[...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

[...]

Assim um Termo de Ajustamento de Conduta obtido num procedimento conciliatório pode ser diretamente executado, sem

necessidade de que a controvérsia fática passe por um exame judicial mais detido em ação de conhecimento.

A arbitragem, no nosso entendimento, não é necessariamente uma competência da CCAF, apesar de levar este procedimento em seu nome. Conforme Anexo I do Decreto 7.392/2010, art. 18, inciso VI, em caso de não ser possível a resolução do conflito pela via da conciliação, poderá a CCAF propor, ao Consultor-Geral da União, o arbitramento da controvérsia.

E nisto torna-se importante destacar aqui a diferença entre a conciliação e a arbitragem, ambas meios alternativos de resolução de controvérsias, em relação à tradicional busca do Poder Judiciário.

Na arbitragem “um árbitro, parte desinteressada na lide, irá decidir pelas partes, dando assim, uma solução para o conflito de interesses.”⁶ Denota-se uma maior influência do árbitro na resolução da controvérsia, vale dizer, existe uma verdadeira imposição, para os que se submeteram à arbitragem, da solução proferida pelo árbitro, fato que leva alguns a dizerem se tratar de verdadeira jurisdição não estatal.

Isso nos remete a um limite constitucional a esta competência estampada no Anexo I do Decreto 7.392/2010, art. 18, inciso VI. É que, como bem observado por Adriana Maia Venturini e Rômulo de Castro Souza Lima:

Quando a discussão se dá entre a União e Estados, Distrito Federal ou Municípios, não se abre a possibilidade de resolução pela via hierárquica. Dito de outra maneira, quando há acordo entre os interessados, a CCAF pode promover a conciliação. Todavia, quando não se abre espaço para um acordo entre as partes, a atuação da CCAF deve ser encerrada, uma vez que, diante de tais partes, não lhe é possível resolver a questão pela via do arbitramento. Aos interessados restará a via tradicional do Poder Judiciário.⁷

Ao cabo, o que veda a possibilidade de se aplicar a arbitragem, levada a cabo por um órgão da União, é a necessária autonomia entre os entes federados, expressamente prevista no art. 18 da Constituição Federal.

Por fim, o inciso VII do já referido art. 18, confere à CCAF a função de orientação e supervisão das atividades conciliatórias desenvolvidas pelas Consultorias Jurídicas nos Estados. Disso percebe-se que, nos Estados, a

6 BARBOSA, Julia de Carvalho. Resolução alternativa de conflitos nos EUA e sua aplicação no Brasil. *Publicações da escola da AGU*: 2º curso de introdução ao direito americano: fundamentals of US law course, Brasília, v. 1, n. 16, p. 156-157, mar. 2012.

7 VENTURINI, Adriana Maia; LIMA, Rômulo de Castro Souza. Soluções de conflitos administrativos pelo executivo: uma comparação da experiência brasileira e italiana. *Publicações da escola da AGU*: 1º curso de introdução ao direito europeu: tradizione civilistica e armonizzazione del diritto nelle corti europee, Brasília, v. 1, n. 21, p. 23, set. 2012.

atividade conciliatória se dará de forma descentralizada. E não haveria de ser diferente, já que as Consultorias da União nos Estados estão numa posição de contato mais imediato com as divergências lá surgidas, devendo a CCAF dar as diretrizes no modo de atuar mais eficientemente no âmbito das conciliações entre órgãos e entidades estatais.

Estas são, em linhas gerais, as atuais atribuições da CCAF que abordamos no presente estudo.

2 OS BENEFÍCIOS RESULTANTES DA CONCILIAÇÃO LEVADA A CABO PELA CCAF

O primeiro benefício que, indiretamente, vislumbra-se da conciliação realizada pela CCAF, é a uniformização do modo de se conduzir determinada relação entre os entes que podem ter suas controvérsias submetidas àquele órgão da CGU.

Entende-se, e já se pede vênia a eventual entendimento em sentido diverso, que a CCAF não possui competência para decidir controvérsias de forma abstrata e geral, de modo a uniformizar diretamente entendimentos jurídicos no âmbito da Administração Pública Federal. No nosso sentir essa competência é da Consultoria-Geral da União, por meio do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos – DECOR, conforme Decreto 7.391/2010, Anexo I, art. 14, inciso I, alínea “a”.

No cotejo das atribuições da CCAF, estampadas no art. 18 do normativo citado no parágrafo anterior, percebe-se que a competência a ela deferida é de resolução de casos concretos. Tal se deve ao fato de que, nos incisos I, III, IV, V e VI, utilizou-se os termos “conflitos”, “controvérsias” e “casos”, verbetes que remetem o intérprete à situação de existência de um caso concreto. Vale dizer, não há que se falar em existência de controvérsias, conflitos e casos se tomada uma situação em abstrato. Partindo-se desta premissa, a conciliação em si, levada a cabo pela CCAF, não poderá estabelecer regras ou entendimentos aplicáveis genericamente a um sem número de casos similares.

Contudo, indiretamente, gera uniformização no modo de atuação da administração. Como se disse no início deste trabalho, as relações travadas entre órgãos e entidades da Administração Federal, bem como estes e os Estados e Municípios, são muitas, e muitas das vezes repetitivas. Considerando-se esta realidade, por certo que uma determinada situação outrora conflituosa, caso já tenha passado por uma conciliação, tende a não mais ser conflituosa, aplicando-se aos futuros casos semelhantes as mesmas razões adotadas na conciliação obtida.

Isto certamente gera economia de recursos financeiros para o Poder Público, porém, gera também economia de tempo dos servidores públicos, que poderão concentrar-se em questões novas e que demandam novas posturas, já que aquela relação repetitiva que já teve posicionamento assentado.

Entretanto, no nosso entendimento, a maior vantagem que decorre a uniformização, mesmo que indireta, de posicionamentos jurídicos, é a segurança jurídica que se passa àqueles que estão executando as políticas públicas, bem como àqueles responsáveis por atestar a legalidade de determinado procedimento, reduzindo drasticamente a quantidade de dúvidas jurídicas surgidas no desempenho de seus misteres, agilizando os procedimentos administrativos, e consequentemente a execução das políticas públicas que lhes incumbem.

O segundo benefício que se observa do procedimento de conciliação a cargo da CCAF é a menor judicialização de demandas. É sabido que o Poder Judiciário não tem comportado a quantidade de demandas chegada até lá. A decorrência disso é a lentidão dos processos judiciais, com o consequente descrédito da população em relação à Justiça brasileira. Também é notório que a União é responsável por boa parte das demandas judicializadas em nosso país.

Considerando este cenário, a busca de meios alternativos de solução de controvérsias é uma das saídas para desafogar o Judiciário, fazendo com que para aquele Poder somente sigam as demandas em que exista inviabilidade de acordo. Este resultado torna-se ainda mais sensível quando se trata da União, que figura como parte em grande parcela das demandas judiciais que correm em nosso país.

Pode-se destacar um terceiro benefício. A solução de uma controvérsia obtida por um procedimento conciliatório terá mais acolhimento junto às partes por ela afetadas, por um motivo simples: foram elas quem trilharam o caminho para a solução. Vale dizer, - e nisso está uma das diferenças entre a conciliação e a arbitragem, bem como entre a conciliação e um pronunciamento obtido junto ao Judiciário – o efeito psicológico conformador de uma solução obtida com base na conciliação é potencializado em relação aos procedimentos de resolução de controvérsia em que um terceiro, distante do caso, impõe a solução, pela razão de a solução ter sido obtida pelas partes diretamente envolvidas no conflito.

Por fim, destaca-se que as soluções obtidas por meio de conciliação na CCAF tendem a ser tecnicamente mais acertadas.

É certo que a União lida com questões extremamente técnicas, a exemplo de telecomunicações, energia, dentre outras. Se um conflito envolvendo estas questões técnicas é colocado para resolução no âmbito

judicial, o juiz, leigo que deve ser nesses assuntos, valer-se-á de peritos judiciais. Contudo, primeiramente, este perito nem sempre tem expertise relativamente ao grau de especialização que a demanda exige. E em segundo lugar, os técnicos da União, seus órgãos e entidades, bem como dos Estados e Municípios envolvidos, terão melhor visão sobre quais os rumos devem seguir as políticas públicas que subjazem àquela determinada controvérsia. Em outras palavras, a solução buscada numa conciliação em que estejam presentes estes técnicos das pessoas políticas e entidades envolvidas saberão, com maior clareza, o fim buscado pelos representantes eleitos pelo povo para uma determinada ação, o que imprime até maior legitimidade democrática para a solução obtida na conciliação junto à CCAF.

3 CONCLUSÃO

A Advocacia-Geral da União, órgão e função essencial à Justiça, tem como um de seus órgãos de direção superior a Consultoria-Geral da União, em cuja estrutura encontra-se a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, a CCAF.

ACCAF vem exercendo papel inédito no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma unidade orgânica cuja função é dirimir extrajudicialmente controvérsias entre os órgãos da Administração Direta Federal, as entidades da Administração Federal Indireta, Estados e Municípios.

Esta atuação desenvolve e tem por fundamento alguns mandamentos constitucionais. Primeiramente Destaca-se que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, consequentemente comprometido com o Princípio da Legalidade, submetendo-se às normas democraticamente editadas.

A Administração Pública, como gestora da coisa pública, pauta-se na sua atuação pelo Princípio da Legalidade Estrita, de modo a atuar e gerir a coisa pública da forma democraticamente colocada nas leis.

A Administração Pública organiza-se, assim, através de feixes de competências instituídas por lei, podendo, também, descentralizar essas competências em certos casos, através da criação de pessoas jurídicas que comporão a administração pública indireta. Em quaisquer dos casos, as atribuições são outorgadas por leis e atos normativos, com o fim último de bem curar o interesse público.

Dessa forma, eventual conflito surgido entre estes órgãos e entidades será um conflito jurídico, de normas que dão a cada um sua competência e o modo como atuarem. Segundo este raciocínio, ao se solucionar eventuais conflitos no âmbito da CCAF o que se estará fazendo, em última análise, é homenagear o Princípio da Legalidade.

Ademais disso, considerando-se que as relações entre aqueles órgãos e entidades muitas vezes se repetem, ao se adotar uma determinada solução para um dado conflito, aquela solução será muito provavelmente utilizada para outros conflitos que surgirem futuramente, ou evitando-se conflitos semelhantes. Trata-se, assim, de dar tratamento isonômico a situações similares, o que certamente irá fazer desenvolver o Princípio da Eficiência na Administração Pública.

A CCAF é órgão cuja criação é relativamente recente. Ela foi criada pela Portaria/AGU 1.281, de 27 de setembro de 2007, que tem fundamento nos arts. 4º, I, X, XI, XII e XVIII, da Lei Complementar nº 73/1993, a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

Posteriormente a CCAF teve suas atribuições desenvolvidas pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, no Anexo I, art. 18.

Dentre suas competências destacam-se: decidir sobre a possibilidade de realização do procedimento conciliatório; instruir os procedimentos conciliatórios, tornando possível a requisição de documentos necessários ao deslinde da controvérsia; a competência conciliatória propriamente dita; a possibilidade de provocação do Consultor-Geral da União para que se arbitre uma solução adequada ao caso em que não se conseguiu a conciliação; e a atribuição de orientar e supervisionar a atividade conciliatória desenvolvida no âmbito das Consultorias Jurídicas da União nos Estados. Observa-se, contudo, que em respeito ao Pacto Federativo a possibilidade de arbitragem somente se verificará quando da análise de caso que somente envolve órgãos e entidades da União, não havendo que se falar em arbitragem quando a controvérsia envolver Estados e Municípios.

No desempenho principalmente da atividade conciliatória percebe-se, neste pequeno estudo, quatro grandes benefícios.

O primeiro deles refere-se à indireta uniformização de posicionamentos jurídicos na Administração. Como se disse, as relações jurídicas travadas entre órgãos e entidades da administração muitas vezes se repetem ou guardam grande similaridade. Considerando-se isto, em já havendo algum precedente conciliatório, mesmo não tendo caráter abstrato e geral, este precedente poderá ser utilizado para solver controvérsias similares. Isto acabaria por gerar menor gasto público no desenvolvimento da política pública subjacente à ação, utilização mais racional do tempo do capital humano, bem como maior segurança jurídica.

O segundo benefício é a diminuição da judicialização das demandas da União. Certo é que a União é responsável por boa parte das demandas que correm no Judiciário brasileiro, e também é certo que o Judiciário brasileiro está assoberbado de demandas. Este cenário leva a que cada processo demore um longo tempo até ser solucionado,

gerando na população sentimento de descrédito em relação à obtenção de soluções justas. Em diminuindo a quantidade de demandas das quais a União participa, desafoga-se em certa medida o Judiciário, contribuindo para uma prestação jurisdicional mais célere para os casos em que a judicialização é essencial.

Em terceiro lugar, entende-se que a solução obtida por conciliação tende a ter maior poder de conformação das partes envolvidas, pelo motivo de que os construtores dessa solução foram as próprias partes.

Por fim, lembra-se que muitas das controvérsias envolvendo a União referem-se a matérias extremamente técnicas, cujo conhecimento não é tão difundido ou geral. Se a controvérsia sobre matéria técnica fosse colocada em juízo, via de regra, haveria a atuação de um perito, que poderia, ou não, ter conhecimentos tão aprofundados sobre o tema. Contudo, mesmo considerando que os peritos judiciais tenham o necessário conhecimento técnico sobre a matéria, eles não estariam tão familiarizados com as políticas públicas que estão sendo levadas a cabo pelo Executivo, pelos representantes escolhidos pelo povo, o que traria maior legitimidade democrática para as soluções encontradas nas conciliações pela CCAF.

Em suma, buscou-se, neste breve artigo, passar ao leitor a importância da atividade desenvolvida pela CCAF, cotejando seus fundamentos constitucionais e legais, seu surgimento, atribuições e benefícios advindos de suas competências.

REFERÊNCIAS

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. Direitos públicos indisponíveis e transação pela Advocacia-Geral da União. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2470, 6 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14637>>. Acesso em: 27 ago. 2013.
- BARBOSA, Julia de Carvalho. Resolução alternativa de conflitos nos EUA e sua aplicação no Brasil. *Publicações da escola da AGU: 2º curso de introdução ao direito americano: fundamentais of US law course*, Brasília, v. 1, n. 16, mar. 2012.
- VENTURINI, Adriana Maia; LIMA, Rômulo de Castro Souza. Soluções de conflitos administrativos pelo executivo: uma comparação da experiência brasileira e italiana. *Publicações da escola da AGU: 1º curso de introdução ao direito europeu: tradizione civilistica e armonizzazione del diritto nelle corti europee*, Brasília, v. 1, n. 21, set. 2012.

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ARBITRATION AND PUBLIC ADMINISTRATION

*Pedro Maradei Neto
Advogado da União*

*Pós-graduado *Lato Sensu* em Direito Privado pela Universidade Gama Filho (UGF)
Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRJ*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Âmbito de aplicação da arbitragem; 2 Arbitragem em demandas envolvendo a Administração Pública; 2.1 Arbitragem em sede de contratos administrativos; 2.2 Arbitragem e concessão de serviço público; 2.3 Arbitragem e empresas estatais; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo demonstrar que a arbitragem, meio alternativo de solução de controvérsias, apresenta diversas vantagens em relação à justiça estatal. Neste contexto, sustenta-se a aplicabilidade do procedimento arbitral em sede de direito indisponíveis, em especial em demandas que envolvam a Administração Pública, haja vista a disponibilidade do interesse público secundário. Hoje o particular age como colaborador do Estado, exigindo, portanto, solução rápida e eficaz para as controvérsias decorrentes dos contratos administrativos.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Disponibilidade. Interesse Público Secundário. Contratos Administrativos. Legalidade. Cláusula Arbitral.

ABSTRACT: The present study aims to demonstrate that arbitration, alternative means of dispute resolution, has several advantages over the state justice. In this context, it is argued the applicability of the arbitration procedure established in unavailable rights, especially in claims involving public administration, given the availability of secondary public interest. Today the particular acts as a collaborator of the State, thus requiring quick and effective solution to the disputes arising from administrative contracts.

KEYWORDS: Arbitration. Availability. Secondary Public Interest. Administrative Contracts. Legality. Arbitration Clause.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a preponderância do processo estatal na pacificação dos conflitos de interesse, é corriqueiro definir arbitragem como meio alternativo de solução dos litígios em que um terceiro (árbitro), escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão ao caso concreto, tendo esta a mesma eficácia da sentença judicial.

No entanto, cumpre esclarecer que a alteridade atribuída ao procedimento arbitral tem como função única distingui-lo da tradicional Justiça estatal, e não negar jurisdicionalidade a tal procedimento.

A natureza jurisdicional do juízo arbitral decorre dos arts. 18 e 31 da Lei nº 9.307/96, *in verbis*:

“Art.18 O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo poder judiciário.”

“Art. 31 A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

Neste sentido, a lição do ilustre professor J. E. Carreira Alvim: “A verdadeira natureza jurídica da arbitragem é, entre nós, de cunho jurisdicional, possuindo a sentença arbitral a mesma eficácia que a ordem jurídica reconhece à sentença judicial (art.31 LA).”¹.

Assentadas estas premissas, urge pontuar as vantagens deste método alternativo de pacificação de conflitos para, em seguida, analisar sua aplicabilidade às causas que envolvam a Administração Pública.

Não há como deixar de destacar inicialmente a *celeridade*, talvez a maior vantagem desse instituto. A Lei 9.307/96 permite às partes litigantes estabelecer prazo para o julgamento do litígio (art. 23, caput) e, em nada sendo estipulado, fixa o prazo máximo de seis meses para apresentação da sentença arbitral, o que *per se* torna o procedimento extremamente célere, se comparado à morosidade da decisão definitiva a ser proferida pelo Poder Judiciário.

Contribuem, ainda, para a referida celeridade a dispensa de homologação pelo Judiciário e a ausência do duplo grau de jurisdição em sede arbitral (art.18, LA). Assim, afastada a possibilidade de recurso, salvo os embargos arbitrais previstos no art. 30 do diploma legal em tela, afastam-se também todos os meios protelatórios a eles inerentes.

A busca pela rápida solução do litígio traz à colação um triunfo secundário do procedimento arbitral, qual seja: a *manutenção das relações interpessoais*, de suma importância no âmbito do Direito Comercial.

¹ ALVIM, J.E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 31.

Basta dizer que a arbitragem permite que as pessoas físicas ou jurídicas solucionem de forma célere e pacífica o conflito que se instaurou, preservando as relações e negociações presentes e futuras.

Ainda atrelado à primeira vantagem exposta, tem-se o *custo* da utilização da arbitragem em detrimento da Justiça estatal. A doutrina entende ser esta uma vantagem relativa, pois o procedimento arbitral, por vezes, é mais oneroso que a via tradicional do Poder Judiciário. Entretanto, o seu emprego se justifica em virtude do lucro auferido com a rápida solução do litígio e não com base na minoração das custas emsi.

Entende Carlos Alberto Carmona que:

A arbitragem é imprópria para solução de litígios que envolvam valores de pouca monta (já que o aparato arbitral seria desproporcionalmente oneroso) ou que envolvam matéria de escassa complexidade, para as quais o Poder Judiciário está suficientemente aparelhado².

Tendo em vista a ampla liberdade de contratação, característica inegável da arbitragem, decorrente do princípio da autonomia da vontade, convém ressaltar mais duas qualidades desse instituto: a *confiabilidade*, ou seja, como as partes podem escolher o terceiro (árbitro) que vai dirimir sua controvérsia, maior é a credibilidade depositada nessa pessoa, diferentemente da jurisdição oficial em que o juiz (autoridade) lhe é imposto, muitas vezes desagradando a todos.

A *especialização da matéria ou Justiça de técnicos*, pois, cabendo às partes a escolha do árbitro (art. 13, LA), que pode ser qualquer pessoa desde que tenha a confiança destas, certamente será eleito aquele que detenha maior conhecimento na matéria em questão, o denominado *expert*. Presume-se então que o árbitro, por ser um profissional de profunda ligação com matéria originária do litígio, esteja mais apto e mais preparado do que o juiz estatal a proferir sentença mais condizente com a realidade das partes, mais satisfatória, portanto.

Em virtude das diversas vantagens inerentes à arbitragem, a doutrina consagra o instituto ora abordado como um meio seguro e eficaz de resolução de litígios. É com fulcro nessa literatura que se pretende demonstrar a aplicabilidade do procedimento arbitral nas demandas que envolvam a Fazenda Pública, em especial diante da crise que assola o Poder Judiciário, marcado pelo aumento diário do número de processos

² ALVIM, J.E. Carreira. *Direito Arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 55, apud CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993. p.16.

distribuídos, formalismo excessivo e, consequentemente, pelo entrave na entrega da prestação jurisdicional.

Para tanto, deve-se inicialmente definir o campo de abrangência desse meio alternativo de solução de litígios.

1 ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM

A partir da leitura do art. 1º da Lei 9.307/96 infere-se que, além das partes serem capazes, é necessário que o litígio verse sobre direitos patrimoniais disponíveis para que a arbitragem seja utilizada.

Quanto à capacidade dos litigantes, ou seja, no que concerne à arbitralidade subjetiva, não há qualquer óbice à adoção do procedimento arbitral pela Administração, dotada de personalidade jurídica de Direito Público ou Privado.

Controvertida é a definição de direitos patrimoniais disponíveis. Primeiramente, entende-se por patrimônio o conjunto de bens tanto materiais quanto morais.

No entanto, tarefa mais árdua consiste em conceituar direito disponível. O art. 1.072, CPC, revogado pela atual Lei de Arbitragem, se reportava a direito patrimonial sobre o qual a lei admitia transação, reproduzindo algumas legislações alienígenas. Orientação esta que não foi seguida pelo diploma legal em vigência, o que suscitou construção doutrinária e, consequentemente, divergência.

Carlos Alberto Carmona, em sua obra Arbitragem e Processo, cita o seguinte conceito:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.³

Dessa forma, sustenta o presente autor que “*são disponíveis [...] aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.*”⁴

Com fulcro nessa doutrina seria de fácil conclusão a exclusão dos litígios que envolvam a Administração Pública em virtude do caráter

³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2004. p. 56 apud LIMA, Alcides de Mendonça. *Dicionário do Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 225.

⁴ Idem.

cogente das normas de Direito Público, marcado pela impossibilidade de atuação da autonomia da vontade dos litigantes.

Entretanto, não se pode excluir de forma absoluta do campo de atuação da arbitragem toda causa que diga respeito a esse ramo do direito, já que os respectivos efeitos patrimoniais são plenamente arbitráveis. É certo que a infração penal, por exemplo, deve ser apurada integralmente pelo Poder Público, todavia, não há nenhum fato que impeça a solução arbitral da responsabilidade civil dela decorrente.

Defende-se, então, o emprego da arbitragem no que a doutrina convencionou denominar de *quantum debeatur* (conseqüências patrimoniais do direito), mas não no *an debeatur* (direito propriamente dito), viabilizando a solução extrajudicial de conflitos em sede de direitos indisponíveis.

Do mesmo modo entende Nelson Nery Júnior ao comentar o art. 331 do CPC:

A transação pode ocorrer quer quando se trate de direitos disponíveis (transação plena), quer quando a causa verse sobre direitos indisponíveis (transação parcial). Os alimentos devidos por parentes, por exemplo, são indisponíveis porque irrenunciáveis. Nada obsta, entretanto, que as partes acordem sobre o montante e a forma de pagamento, podendo tal transação ser homologada pelo juiz. [...]⁵

Correta, portanto, é a delimitação da arbitragem pela “referência a controvérsias que possam ou não ser objeto de transação”.⁶ Observando-se que a transigibilidade de um direito não se liga à sua natureza (indisponível *e.g.*), “estando, antes, relacionada com o grau do *interesse* que se tenha numa determinada demanda”.⁷

Reforçam a presente tese os arts. 331 e 447 CPC, pois apresentam como requisito para audiência de conciliação a transigibilidade do direito discutido, e não a sua disponibilidade.

Sustenta-se, então, a possibilidade da arbitragem em sede de direitos indisponíveis, por se entender que a natureza destes (indisponíveis) não exclui a transigibilidade (atributo) de suas conseqüências patrimoniais, sendo, portanto arbitráveis.

Evidente, portanto, que uma interpretação gramatical do art. 1º da Lei 9.307/96 não é suficiente para se compreender os limites da arbitragem.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 1996. p. 752 ?

⁶ ALVIM, op. cit. p. 34.

⁷ ALVIM, op. cit.

Por “direitos disponíveis” deve-se entender direitos sobre os quais a lei permita a transação, sob pena da natureza do direito controvertido, por vezes, impedir a instauração do processo arbitral, quando este apenas exige a transigibilidade seja do direito propriamente dito, seja do seu reflexo patrimonial, como ocorre em praticamente todas as legislações estrangeiras sobre arbitragem (alemã, italiana, francesa, etc).

Demonstrada, ao menos em linhas gerais, a viabilidade da arbitragem na seara dos direitos indisponíveis (cujas consequências patrimoniais são plenamente arbitráveis), analisar-se-á a viabilidade da arbitragem em demandas que envolvam a Administração Pública.

2 ARBITRAGEM EM DEMANDAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Analisar a aplicabilidade do procedimento arbitral nas causas em que a Administração Pública se faz presente é tema de extrema relevância face ao modelo econômico ora vigente.

Percebe-se que grande parte dos investimentos estrangeiros, dos quais depende a economia brasileira, se destina às áreas em que o Estado está, de alguma forma, envolvido. Por isso, o sucesso destes empreendimentos está atrelado aos contratos a serem celebrados com a Administração. É o caso, por exemplo, da concessão de serviços públicos como geração, distribuição e transmissão de energia elétrica, saneamento básico, transportes públicos, construção e exploração de rodovias, etc.

No entanto, para que esses investidores estrangeiros aqui apliquem seus capitais faz-se necessário que a arbitragem seja meio eficaz de solução dos litígios decorrentes da relação contratual destes com o Estado, tudo com vistas a garantir a segurança e a viabilidade desses projetos. Evidente que o caminho tortuoso para se obter uma solução judicial em caso de controvérsia decorrente de tais contratos, e que esteja obstando a execução dos mesmos, constitui entrave para as referidas inversões de capital.

É fato que a Lei de Arbitragem brasileira pôs termo a antigos obstáculos à utilização do instituto em questão, todavia, no âmbito das relações negociais com a Administração Pública ainda existe algum ceticismo.

A partir de uma errônea associação do conceito de indisponibilidade de um direito a tudo que faça referência, direta ou indiretamente, ao Estado, parte da doutrina rejeita a arbitralidade das lides em que este seja parte.

Neste sentido, para Celso Antônio Bandeira de Mello a indisponibilidade dos interesses públicos, qualificados como próprios da coletividade, impede a sua livre disposição por quem quer que seja, por serem inapropriáveis. Logo, o próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuera a *intentio legis*.⁸

Deste modo, aduz o referido jurista que na Administração Pública os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador, motivo pelo qual não podem ser objeto de arbitragem.

Entretanto, deve-se distinguir interesse público primário (o qual torna um direito indisponível) de interesse público secundário (ou interesse da Administração): o primeiro consiste na correta aplicação da lei, o que por vezes vai de encontro ao segundo, levando a julgamentos desfavoráveis à Fazenda Pública.

Partindo, então, do pressuposto de que a Administração tem como escopo maior a realização da justiça, não há porque negar a arbitragem como forma de solucionar qualquer dissenso contratual entre esta e o particular, já que é procedimento mais célere, mais técnico e menos oneroso que o procedimento estatal, proporcionando maior acesso à denominada ordem jurídica justa.

A adoção da arbitragem nestes casos não significa renúncia irresponsável ao interesse público, mas forma alternativa de concretização do mesmo, atenta ao princípio constitucional da eficiência.

Já se tem inclusive precedente jurisprudencial neste sentido, vide o famoso caso Lage em que o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 14 de novembro de 1973, reconheceu a impossibilidade de se impedir que a União submeta à arbitragem questão que possa ser objeto de transação, em outros termos, que verse sobre direito patrimonial disponível (Agravo de Instrumento nº 52181/GB, relator Min. Bilac Pinto), antes mesmo do advento da nova Lei de Arbitragem que data de 1996.⁹

No âmbito federal foi criada a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), órgão da Consultoria-Geral da União e que tem por objetivo atuar no deslinde, em sede administrativa,

⁸ GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. *Do Juízo Arbitral e a Administração Pública*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41232&seo=1>>. Acesso em: 28 ago. 2013, apud MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: SARAIVA, 2002. p. 64.

⁹ CARMONA, op. cit., p.62.

de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal.

O Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da CCAF, estabelece em seu artigo 18:

Art. 18. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete:

- I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;
- II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação;
- III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios;
- IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial;
- V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório;
- VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e
- VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

Contudo, o problema não se limita à simples distinção formulada, incertezas de cunho normativo precisam ser solucionadas, tal como será enfrentado nos subitens seguintes.

2.1 ARBITRAGEM EM SEDE DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

É certo que o Estado ao atuar como agente particular, ou seja, desrido de sua veste pública, carecedora da observância dos preceitos que regem os contratos administrativos, pode através de convenção arbitral submeter eventuais litígios decorrentes de sua relação contratual com outros particulares à solução arbitral. Isto porque estariam preenchidos os requisitos do art. 1º, Lei 9.307/96, ou seja, versaria a lide sobre direito patrimonial disponível.

Corroborando o entendimento apresentado, Carmona preleciona:

Quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada – onde poderia ser substituído por um particular na relação jurídica negocial - não se pode pretender aplicáveis as normas próprias dos contratos administrativos, ancoradas no direito público. Se a premissa desta constatação é de que o Estado pode contratar na ordem privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer dessa contratação.¹⁰

A controvérsia surge ao se adentrar no regime dos contratos administrativos, já que o art. 55, § 2º, Lei 8.666/93 enseja para alguns doutrinadores uma vedação à utilização da arbitragem no que tange aos contratos submetidos ao diploma legal em tela.¹¹

Jessé Torres Pereira Júnior, por exemplo, entende que tal dispositivo trata de regra de competência absoluta *ratione personae*, inderrogável pela vontade das partes, não permitindo, dessa forma, o recurso à arbitragem.¹²

Para esta corrente doutrinária, a instauração do procedimento arbitral a fim de solucionar lides decorrentes de contratos em que figure como parte a Administração Pública direta ou indireta, seria incompatível com o intuito do referido preceito legal.

Como se sabe, uma vez inserida no contrato cláusula compromissória válida, esta, por força da Lei de Arbitragem, exclui a competência do Poder Judiciário para julgar qualquer questão relativa a este acordo de vontades, desde que se trate de direito patrimonial disponível.

Assim, ao se entregar ao juízo arbitral a solução de eventual lide, estaria sendo violada a regra que determina ser obrigatória a eleição do foro da sede da Administração, já que não restaria ao juiz estatal “dirimir qualquer questão contratual”, nos termos do art. 55, §2º da Lei 8.666/93.

10 CARMONA, op. cit.

11 Dispõe o art. 55, §2º, Lei 8666/93: nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no §6º do art. 32 desta Lei.

12 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentário à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p.349.

Alega-se que por foro se entende usualmente “espaço de uma divisão territorial onde impera a jurisdição de seus juízes e tribunais.”¹³ Não estando compreendido neste conceito a Justiça arbitral.

Todavia, a Lei de Licitações em nenhum de seus preceitos vedou a aplicabilidade da arbitragem em sede de contratos administrativos, sendo, portanto, lícito recorrer a esse sistema privado de solução de litígios.

Ao contrário, sustenta-se que, em se tratando de contratos administrativos, deve ser observada a norma que impõe a necessidade de cláusula que declare competente para dirimir eventual litígio o foro da sede da Administração, já que tal preceito não teria o condão de afastar o procedimento arbitral desta seara do Direito, mas apenas determinar que eventual concurso do juiz estatal para promoção de atos para os quais o árbitro não tem competência (execução da sentença arbitral, já que o árbitro não dispõe do poder de coerção, por exemplo) seja realizado na comarca da sede da Administração, a fim de facilitar a defesa dos interesses desta em demandas futuras.

Portanto, se por um lado a cláusula a que se refere o art. 55, parágrafo 2º da Lei 8.666/93 fixa o juízo competente para a solução de incidentes no processo arbitral que requerem a intervenção do Judiciário, por outro determina também a sede do juízo arbitral, que deve ser a do foro indicado no referido ajuste. Isto em virtude do art. 2º, §1º da Lei de Arbitragem que impede o afastamento norma de ordem pública pela vontade das partes.

Neste sentido se posiciona Carlos Alberto Carmona, vide algumas manifestações do ilustre autor em sua obra “Arbitragem e Processo”:

É preciso notar, antes de mais nada, que a Lei de Licitações não determina que toda e qualquer controvérsia oriunda dos contratos celebrados com a Administração seja dirimida pelo Poder Judiciário, pois se assim fosse não poderia haver resolução de pendências contratuais através de transação; o texto legal exige, isso sim, que se as partes tiverem que acorrer ao Poder Judiciário, será competente o juízo do foro da sede da Administração, e não órgão judicial situado em outra região geográfica. [...] Nada disso é incompatível com a arbitragem: elegendo as partes foro no contrato (e nos contratos

¹³ ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.).*Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 273 apud SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, tomo II, p.714.

administrativos submetidos à Lei de Licitações é obrigatória a eleição do foro da sede da Administração)...¹⁴

Ademais, acredita-se que a expressão “foro” tenha sido utilizada como sede do procedimento de pacificação do conflito, seja ele judicial ou arbitral, e não em seu sentido tradicional acima explicitado.

Face ao exposto, não há como negar a viabilidade da arbitragem nos contratos em que seja parte a Administração Pública tanto direta quanto indireta, estando tais relações contratuais sob o regime dos contratos administrativos (normas de direito público) ou não. Ressaltando que na primeira hipótese não só a sede do juízo arbitral, mas também o foro competente para dirimir eventual controvérsia decorrente daquele contrato, para a qual o árbitro não tenha competência, devem corresponder à localidade em que fica sediado o órgão da Administração.

Por fim, traz-se à colação decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em processo relatado pela atual ministra do Supremo Tribunal de Justiça, Nancy Andrigi, por ter abordado a problemática da cláusula arbitral em contratos com a Administração Pública, nestes termos: “[...] se foi estipulado, no Edital, que qualquer discordância referente ao contrato, não solucionada amigavelmente, pode ser discutida por juízo arbitral, esta disposição deve ser fielmente observada pelas partes contratantes.”¹⁵

2.2 ARBITRAGEM E CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Nos contratos de concessão de serviço público, assim como nas demais modalidades de contrato administrativo, há cláusulas que outorgam prerrogativas públicas ao concessionário (cláusulas regulamentares) e, outras que denotam o caráter contratual da obrigação e o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (cláusulas financeiras).

Esta peculiaridade dos contratos de concessão de serviço público foi pontualmente observada pela professora Maria Sylvia Z. Di Pietro, que assim concluiu:

Do duplo aspecto da concessão ainda decorre outra peculiaridade: a submissão da empresa concessionária a um regime jurídico híbrido.

¹⁴ CARMONA, op. cit. p.64.

¹⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Contrato de prestação de serviços. Objeto licitação internacional. MS nº 1998002003066-9. Rel. juíza Nancy Andrigi. Distrito Federal, 18 de maio de 1999. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, n.3, p.39, jul./set. 2004.

Como empresa privada, ela atua, em regra, segundo as normas do direito privado, no que diz respeito à sua organização, à sua estrutura, às suas relações com terceiros [...] como prestadora de um serviço público, suas relações com a Administração concedente se rege inteiramente pelo direito público, já que a concessão é um contrato tipicamente administrativo [...].¹⁶

Dessa forma, todas as questões atinentes ao caráter patrimonial do contrato, ou melhor, ao seu equilíbrio econômico-financeiro, são passíveis de solução arbitral, uma vez que se encontram no âmbito de disposição das partes contratantes, restando preenchidos todos os requisitos do art.1º da Lei de Arbitragem.

Por outro lado, as cláusulas tidas como regulamentares, por envolverem preceitos de ordem pública, os quais são de observância obrigatória pelos contratantes, não comportam transação, o que impede, consequentemente, a utilização da arbitragem.

Com isso, percebe-se que a alegada indisponibilidade do direito em sede de contratos firmados com a Administração Pública não constitui óbice algum à aplicabilidade da arbitragem nestas relações contratuais, não passando de um entrave mais cultural do que jurídico.

Neste sentido, o artigo 23-A da Lei 8.987/95 prevê expressamente:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Por fim, cumpre dizer que legislações posteriores à Lei 8.987/95 também adotaram formas extrajudiciais de solução de conflitos, de modo a fortalecer a igualdade jurídica entre as partes contratantes. No âmbito dos contratos de concessão firmados pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), estabeleceu a Lei 9.472/97, no art. 93, inc. XV que esses contratos disporão sobre o foro e o modo extrajudicial de divergências contratuais. No mesmo sentido a Lei 9.478/97, art. 43, inc. X, para os contratos de concessão firmados pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), que estabelecerão as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional. A Lei 10.233/01, art. 35, inciso XVI, estabelece que, nos contratos de concessão de transporte aquaviário,

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.74.

haverá cláusula que disponha sobre as controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, estipulando a conciliação e arbitragem. A Lei 10.438/02, ao dispor sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, estabeleceu em seu artigo 4º, §5º, V a arbitragem como método para “solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais”.

Nesta toada, destaca-se a Lei nº 11.079/2004 que, *ao instituir normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, previu em seu artigo 11 a arbitragem como mecanismo privado de resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato firmado com a iniciativa privada.*

Posteriormente, tanto a Lei de Franquias Postais (Lei 11.668/08) quanto a Lei 11.909/2009, que trata do transporte de gás natural, também estabeleceram como cláusulas essenciais a previsão de mecanismos alternativos para a solução de litígios decorrentes dos contratos por elas regulados.

2.3 ARBITRAGEM E EMPRESAS ESTATAIS

Consoante o que já foi exposto, não resta dúvida de que a arbitragem é meio eficaz de solução de litígios decorrentes de contratos firmados com a Administração, estando estes sob o amparo da Lei 8.666/93 ou não. Acrescenta-se a isto a expressa autorização legal para adoção do juízo arbitral em sede de concessão de serviços públicos e contratos sob o crivo das agências reguladoras.

Com maior razão, não há motivos para se impedir que as empresas públicas e sociedades de economia mista, que explorem atividade econômica sob o regime da concorrência, submetam suas eventuais demandas à solução arbitral, já que estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme dispõe o art. 173, §1º, incs. II e III, Constituição Federal:

Art.173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.”

§1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II- a sujeição ao *regime jurídico próprio das empresas privadas*, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III- *licitação e contratação* de obras, serviços, compras e alienações, observados os *princípios da administração pública*; (grifos nossos)

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

1. *A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93.*

2. A decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo “compromisso arbitral”, se desrespeitada pela edição de Portaria que eclipsa a medida afastada pelo ato jurisdicional, caracteriza a figura do “atentado” (art. 880 do CPC).

3. O atentado, como manifestação consistente na alteração do estado fático da lide influente para o desate da causa, pode ocorrer em qualquer processo. Impõe-se, contudo, esclarecer que, quando a ação é proposta, as partes não se imobilizam em relação ao bem sobre o qual gravita a lide. Nesse sentido, não se vislumbra na fruição normal da coisa ou na continuação de atos anteriores à lide (qui continuat non attentan). Assim, v.g., ‘em ação de usucapião, como posse justificada, o usucapiente pode construir no imóvel; ao revés, há inovação no estado de fato e portanto comete atentado o réu que em ação reivindicatória procura valorizar o imóvel erigindo benfeitorias úteis no bem, ou o demandado que violando liminar deferida aumenta em extensão a sua infringência à posse alheia. De toda sorte, é imperioso assentar-se que só há atentado quando a inovação é prejudicial à apuração da verdade. O atentado pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive, após a condenação e na relação de execução. (Luiz Fux, in, Curso de Direito Processual Civil, 3^a edição, Editora Forense, páginas 1637/1638)

4. Mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que ratificou os termos da rescisão contratual procedida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A - NUCLEP, em 14 de junho de 2004, Ato Administrativo nº 01/2005, de 05 de setembro de 2005, do contrato administrativo de arrendamento C-291/AB -001, celebrado em 16 de dezembro de 1997, com a empresa TMC, terminal Multimodal de Coroa Grande S/A e autorizou tanto a assunção imediata pela NUCLEP, do objeto do contrato de arrendamento C-291/AB 001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. I da Lei 8.666/93, como a ocupação e utilização do local, instalações, necessárias à continuidade do objeto do contrato de arrendamento C-291-001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. II e § 3º, da Lei nº 8.666/93, em afronta às cláusulas 21.1 e 21.2, do Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retropórtuária (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls.31/42), de seguinte teor:

“Cláusula 21.1 – Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja.

Cláusula 21.2 – Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão aoprocesso de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06.

5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.

6. *A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, in litteris:*

“Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração.”

Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado.

Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como ‘caso Lage’, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos.

A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente ‘a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.’ Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos.

Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público.” (in “Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória”, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, , Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399).

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como “disponíveis”, porquanto de natureza contratual ou privada.

8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspective indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

12. *As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.*

13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: [...] *Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.*" (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athlos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418).

14. A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais”. (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 Agr / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno,

Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - “Caso Lage”. Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrichi, DJ 18.08.1999.)

15. A aplicação da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC à matéria sub judice, afasta a jurisdição estatal, in casu em obediência ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988).

16. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o “risco” de serem derrotadas na arbitragem.(Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003)

17. Destarte, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.

18. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência.

19. Consequentemente, o fumus boni iuris assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro “atentado” (art. 879 e ss. do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

20. A título de argumento obiter dictum pretendesse a parte afastar a cláusula compromissória, cumprir-lhe-ia anular o contrato ao invés de sobrejulgá-lo por portaria ilegal.

21. Por fim, conclui com acerto Ministério Público, verbis:

“In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (fls. 472/473)

22. Ex positis, concedo a segurança, para confirmar o teor da liminar dantes deferida, em que se determinava a conservação do statu quo ante, face a sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, porquanto o presente litígio deverá ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes.¹⁷ (Nosso grifo)

Dessa forma, é incontestável a legalidade de cláusula compromissória inserta nos contratos firmados pelas empresas estatais (empresa pública e sociedade de economia mista), em especial quando exploradoras de atividades econômicas em regime de concorrência.

3 CONCLUSÃO

Percebe-se, então, que é plenamente viável a inserção da cláusula compromissória em contratos celebrados com a Administração Pública. No entanto, devem ser feitas algumas considerações.

A um, em se tratando de contratos em que o Estado atua como particular, ou seja, quando não incidentes as normas de ordem pública que regem os contratos administrativos, não há impeditivo algum à utilização da arbitragem, uma vez que restam preenchidos os requisitos do art.1º, Lei 9.307/96, quais sejam: partes capazes (particular e Estado); patrimonialidade e disponibilidade do direito controvertido.

A dois, em sede de contratos administrativos algumas precauções devem ser observadas com vistas à validade da cláusula arbitral. Primeiro, o objeto da lide deve se ater às cláusulas financeiras do contrato, porque nas demais (cláusulas exorbitantes) vige matéria de ordem pública, incompatível com o procedimento arbitral, já que não comporta transação.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Permissão de área portuária. Celebração de cláusula compromissória. MS 11308. Relator Ministro Luiz Fux. Distrito Federal, 09 de abril de 2008.

Além disso, por força do art. 55, § 2º da Lei 8.666/93, deve o contrato estabelecer a sede do juízo arbitral, assim como o foro competente para dirimir eventual incidente no processo arbitral para o qual não tenha o árbitro competência, de forma que ambos coincidam com a localidade em que fica sediada a Administração.

A três, os contratos de concessão de serviço público, assim como aqueles sob a égide das agências reguladoras, contêm expressa autorização legal à instauração da arbitragem em caso de controvérsias que deles decorram, não se submetendo, portanto, às restrições acima aduzidas.

Finalmente, no que tange aos contratos firmados com sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica em regime de concorrência, é incontestável a legalidade da cláusula compromissória neles inserta, já que tais empresas se submetem ao regime jurídico próprio da iniciativa privada, conforme preceitua o art. 173, §1º, incs. II e III, CRFB.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ALVIM, J.E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Direito Arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Permissão de área portuária. Celebração de cláusula compromissória. *MS 11308*. Relator Ministro Luiz Fux. Distrito Federal, 09 de abril de 2008.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Arbitragem. Contratos de Concessão. *TC nº 006.0968/93-2*. Rel. Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira. Distrito Federal, decisão nº 188/95.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2004.
- CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DALLARI, Adílson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*. v.13, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Contrato de prestação de serviços. Objeto licitação internacional. MS nº 1998002003066-9. Rel. juíza Nancy Andrich. Distrito Federal, 18 de maio de 1999. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n.3, jul./set. 2004.

GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. Do Juízo Arbitral e a Administração Pública. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 19 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41232&seo=1>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Árbitro: o padrão de conduta ideal. In: CASELLA, Paulo B. (coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Ltr, 1999.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 88, jul./set.1997.

_____. Sociedades de economia mista e reforma administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 217, jul./set.1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 1996.

Octavio Bueno. “*Arbitragem*”. In: Rotondi, M. (coord). Milão: Giuffré, 1991.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentário à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ROQUE, Sebastião José. *Arbitragem: a solução viável*. São Paulo: Ícone, 1997.

SILVA, Adriana S. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário*. São Paulo: Manole, 2005.

SILVA, João Roberto da. *Arbitragem: aspectos gerais da lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: 2004.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A arbitragem e a Administração Pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 2, n. 17, 10 ago. 1997. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/469>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

SÚMULAS DA AGU: UMA FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

AGU'S PRECEDENTS¹: A WAY TO ACHIEVE THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY

Rafael Rott de Campos Velho

Advogado da União

Mestre em Direito pela Universidade do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/RS (UFSM)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Segurança jurídica e advocacia pública, uma intersecção necessária; 1.1 O princípio da segurança jurídica no ordenamento brasileiro; 2 As súmulas da Advocacia-Geral da União e a concretização da segurança jurídica; 2.1 Previsão legal e formação das súmulas no âmbito da AGU; 2.2 Alguns exemplos de aplicação prática; 3 Conclusões; Referências.

¹ Precedent, cuja tradução literal é precedente, não é, evidentemente, a melhor tradução para o termo súmula que se consubstancia em uma espécie de precedente qualificado. Todavia, tendo em vista a inexistência de similaridade para o termo na língua inglesa, adotou-se precedent como equivalente ao termo súmula para o presente estudo. Também poderia ser utilizada a expressão latim *stare decisis*, muito difundida no common law para se referir a precedentes vinculantes. Todavia, como esse instituto dos países saxões não implica, necessariamente, em enunciados optamos por não utilizá-lo como tradução.

RESUMO: O objetivo do presente estudo é expor a necessidade de uma atuação coesa por parte da advocacia pública a fim de garantir, aos administrados, segurança jurídica, cenário que é atingido, dentre outras formas, por meio da edição de Súmulas. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, partindo-se do conceito teórico de segurança jurídica e cotejando-o com as Súmulas da AGU. A pesquisa apontou que a AGU possui diversas súmulas, as quais contribuem para a concretização do princípio da segurança jurídica. Como conclusões do estudo, tem-se que a segurança jurídica é de patente importância para o Estado Democrático de Direito, sendo que os administrados têm o direito de saber, de forma antecipada, quais serão as consequências de seus atos. Para tanto, as súmulas da AGU contribuem para a concretização de um estado de segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança jurídica. Advocacia Pública. Atuação Uniforme. Súmulas da AGU. Direito do Administrado.

ABSTRACT: The aim of this study is to expose the need of a cohesive action on the part of public advocacy to ensure that the legal certainty is being perceived for the citizens. A way to achieve this objective is the adoption of the AGU's precedents. The research relies on the deductive method, starting from the theoretical concept of legal certainty and comparing it with the AGU's precedents. The study showed that the AGU has several precedents, which contribute to the implementation of the principle of legal certainty. As conclusions of the study, it is demonstrated that the legal certainty is important for the democratic state of law, and that individuals have the right to know, in advance, what will be the consequences of their actions. Therefore, the AGU's precedents contribute to the achievement of a state of legal certainty.

KEYWORDS: Legal Certainty. Public Advocacy. Uniform Action. AGU's Precedents. Individual's Right.

INTRODUÇÃO

A atuação da advocacia pública está bastante entrelaçada com a segurança jurídica dos cidadãos que compõem a sociedade. Nesse sentido, como será analisado ao longo do trabalho, ocorre que uma atuação não uniforme da advocacia pública, cujos membros não possuem independência funcional, pode acabar criando situações bastante injustas na sociedade, uma vez que diferentes indivíduos podem se deparar com situações diferenciadas resultantes de processos idênticos nos quais a fazenda pública é parte. Desse modo, é imprescindível que exista uma coesão por parte da atuação da advocacia pública, a fim de garantir aos administrados segurança jurídica.

O presente estudo não tem por objeto traçar ou fundamentar um conceito de segurança jurídica, como já fizeram outros autores. Desse modo, adota-se a definição traçada por Humberto Ávila² no sentido de ser um princípio objetivo com ideais de concretização de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade³. Do mesmo modo, é caracterizado, ao mesmo tempo, como um subprincípio do princípio do Estado de Direito e como um sobreprincípio de outros princípios, como legalidade e contraditório, entre outros⁴. Demais disso, possui uma eficácia necessária para a concreção das demais regras do ordenamento jurídico, tornando-se um princípio inafastável e funcionando, muitas vezes, como um pressuposto para a própria manifestação do Direito⁵.

Uma das maneiras de concreção do princípio da segurança jurídica, por meio da adoção de uma atuação coesa da advocacia pública, vem a ser as chamadas súmulas da Advocacia-Geral da União (AGU). Como será melhor analisado no decorrer do estudo, as súmulas da AGU estão expressamente previstas na lei orgânica da instituição, Lei Complementar nº 73/1993, e consubstanciam-se em importante ferramenta em prol da unicidade de entendimentos no âmbito dessa instituição, bem como de redução de litigiosidade.

Com o escopo de expor o tema da melhor maneira possível, o presente estudo foi dividido em duas partes, subdivididas em outras duas. Na primeira, serão analisadas, em um primeiro momento, premissas teóricas sobre a segurança jurídica e a necessidade de uma atuação coesa da advocacia pública. Na segunda será abordado, primeiramente, o processo de formação das súmulas da AGU e, ao final, serão expostas algumas

² As características aqui expostas acerca da segurança jurídica são bastante resumidas em relação a todo o complexo envolvido pelo princípio em tela. Para uma leitura bastante aprofundada, ver ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

³ Ibid., 2011. p. 154.

⁴ Ibid., p. 128 e ss.

⁵ Ibid., p. 643 e ss.

súmulas como exemplos práticos de garantia de segurança jurídica aos administrados. Por fim, são apresentadas algumas conclusões.

1 SEGURANÇA JURÍDICA E ADVOCACIA PÚBLICA, UMA INTERSECÇÃO NECESSÁRIA

1.1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O princípio da segurança jurídica remonta a uma construção doutrinária e jurisprudencial bastante aperfeiçoada no contexto jurídico. Trata-se de uma questão tão profunda que sua historicidade está umbilicalmente ligada ao próprio surgimento do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, para efeitos do presente estudo⁶, adotar-se-á, a Magna Carta, de 1215, como grande ponto de partida da noção que hodiernamente vigora de Estado de Direito, tendo em vista que a partir da edição desse antigo diploma normativo, o rei reconheceu sua submissão à lei (em determinados aspectos), surgindo a noção de que a Lei e, posteriormente, a Constituição, estão acima de todos os indivíduos que compõem uma sociedade organizada.

Dentro do sistema civilista, com origem germânica e largamente difundido pela Europa Continental e América Latina, tem-se que o Estado Democrático de Direito teve, inicialmente, uma conceituação eminentemente formalística⁷, calcando-se em três pontos fundamentais: “tripartição dos poderes, generalização do princípio da legalidade e universalidade da jurisdição”⁸.

Com efeito, procurando resumir esse pequeno introito, interessante invocar as palavras de Gilvan Charles Cerqueira de Araújo, que aglutinou os principais vetores dos grandes filósofos do Estado, do Século XIX, Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau. Desse modo, expôs que todos os autores referidos tinham por escopo a caracterização de uma sociedade civil organizada, na qual o estado de natureza estivesse

⁶ Não se quer aqui afirmar que a Carta do Rei João Sem Terra, conhecida como Magna Carta, seja o primeiro indício de um Estado Democrático de Direito. Sabe-se que povos antigos tinham uma espécie de direito constitucional primitivo. Contudo, para os efeitos do presente estudo, adotar-se-á como ponto de partida o Direito Constitucional Clássico, adotando-se a Magna Carta como grande ponto de partida do Estado Democrático de Direito. Para um estudo mais completo, ver BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva; 2012.

⁷ CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: EF, 2010. p. 70.

superado, passando a existir um grande contrato social que regesse a maior parte das relações humanas dentro de uma sociedade organizada⁹.

Contudo, a evolução da sociedade fez com que o Estado se transformasse em um epicentro do qual surge uma série de normas, a todo o instante, variando em sua intensidade, muitas vezes com sobreposição de matérias. Enfim, existe, no contexto contemporâneo, uma verdadeira inflação legislativa, o que faz com que os antigos pilares teóricos do Estado de Direito, calcados no contrato social, precisem ser aperfeiçoados. Nesse passo, ocorre que, com a profusão normativa e alta litigiosidade da sociedade atual, muitas vezes não basta ao indivíduo ter conhecimento sobre determinada norma jurídica. É preciso mais que isso, é necessário saber se ela incide em determinada situação específica, quais as consequências que ela pode gerar, com um mínimo de segurança jurídica, ou seja, de previsibilidade acerca dos efeitos da norma sobre uma determinada ação.

Nesse contexto, os próximos parágrafos versarão sobre a segurança jurídica como um braço necessário do Estado de Democrático de Direito. Levando em consideração o que foi exposto, tem-se que, no contexto hodierno, frente a um cenário de profusão normativa, o indivíduo, epicentro do ordenamento jurídico¹⁰, tem um direito subjetivo a ter uma previsibilidade em relação aos atos da Administração Pública, podendo, dessa forma, traçar formas de atuação, perante o poder público, sempre prevendo quais serão as consequências de suas ações.

Desse modo, adota-se a definição de segurança jurídica traçada por Humberto Ávila¹¹ no sentido de ser um princípio¹² objetivo com ideais de concreção de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade¹³. De modo análogo, é caracterizado, ao mesmo tempo, como um subprincípio do princípio do Estado de Direito e como um sobreprincípio de outros princípios, como legalidade e contraditório, entre outros¹⁴. Demais disso, possui uma eficácia necessária para a concreção das demais regras do ordenamento jurídico,

9 ARAÚJO, Gilvan Charles Cerqueira de. Território, discurso e poder: as políticas de subjetivação e seu uso pelo Estado. In: *Direito Constitucional e Biopolítica*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, 2012. p. 189.

10 BINENBOJM, Gustavo. *Uma nova teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 50.

11 As características aqui expostas acerca da segurança jurídica são bastante resumidas em relação a todo o complexo envolvido pelo princípio em tela. Para uma leitura bastante aprofundada, ver ÁVILA, 2011.

12 A definição de princípio jurídico no presente artigo é aquela exposta por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78-79.

13 ÁVILA, 2011. p. 154.

14 Ibid., p. 128 e ss.

tornando-se um princípio inafastável¹⁵ e funcionando, muitas vezes, como um pressuposto para a própria manifestação do Direito¹⁶.

Importante adentrar também, para efeitos do presente estudo, na seara subjetiva da segurança jurídica, ou seja, no princípio da proteção à confiança. Nesse contexto, primeiramente, importa ressaltar que, consoante aponta Ávila, o princípio da proteção à confiança precisa de determinados elementos para que possa ser auferido. É necessário, pois, que haja uma base de confiança, a confiança propriamente dita, exercício de confiança e, também uma frustação da confiança¹⁷. Nesse sentido, o princípio da proteção à confiança é decorrente de uma relação de estabilidade e crédito no ordenamento jurídico como um todo.

Na origem, o princípio em apreço sempre teve por escopo a proteção da boa fé e da confiança dos cidadãos que foram afetados por determinada norma com aparência de legalidade ou por uma situação fática que levava a deduzir que outro sujeito, diferente do destinatário da confiança, se comportava de acordo com o ordenamento. Desse modo, a faculdade que o poder público tem de anular seus próprios atos deve estar vinculada não apenas à preservação dos direitos fundamentais dos particulares, mas também ao próprio exercício da boa fé e da confiança¹⁸.

De outra sorte, mais propositadamente a respeito da segurança jurídica em sentido lato, consoante aponta Humberto Ávila, esse princípio deve ser um meio para que se possa garantir ao cidadão o exercício dos direitos de liberdade, de igualdade e de dignidade. Expõe o referido autor que a liberdade tem por lastro o fato de o particular ter o direito subjetivo de conhecer quais são as regras a que deve respeito, podendo moldar sua vida de acordo com o que está previamente estatuído pelo ordenamento. A igualdade advém do fato de que sendo as normas mais

15 Interessante comparação faz Humberto Ávila ao utilizar-se da metáfora do jogo de xadrez para caracterizar o funcionamento da segurança jurídica. Desse modo, coloca que existem no jogo diversas regras acerca de como deve ser o tabuleiro, quais são as peças que devem existir, quantos jogadores podem jogá-lo, quais os movimentos permitidos a cada classe de peça, entre outras. Pois bem, para que seja possível o desenvolvimento do jogo, contudo, faz-se necessário que os oponentes respeitem as regras, o que decorre do Estado de Direito. De outra sorte, a segurança jurídica, nesse caso, vai colocar que as regras devem ser “claras, estáveis e previsíveis”. Percebe-se, pois, que caso haja regras contraditórias, omissas, mutáveis de maneira desordenada ou que não sejam previamente estatuídas, torna-se impossível jogar uma partida. Do mesmo modo ocorre nas relações jurídicas no seio da sociedade, as quais têm na segurança jurídica um verdadeiro pressuposto para seu salutar desenvolvimento (ÁVILA, 2011, p. 651).

16 Ibid., p. 643 e ss.

17 ÁVILA, 2011. p. 365-401.

18 COUTO E SILVA, Almiro Regis do. Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado Contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 27, n. 57. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do RS, 2003. p. 33-74.

genéricas e abstratas quanto possíveis (bem como sejam aplicadas da maneira mais uniforme possível), maior será o tratamento isonômico entre os particulares. Por fim, a dignidade se refere ao fato de o cidadão ser considerado um agente capaz de se autodeterminar, reconhecendo sua autonomia e individualidade¹⁹.

Noutro passo, importante tecer algumas palavras acerca da inafastabilidade da segurança jurídica. Como bem expõe Humberto Ávila, o princípio em apreço nunca pode ser descartado para que se possibilite que outro seja aplicado, sob pena de se tornar impraticável o Direito. No entanto, aduz o autor que “em alguns casos, um *elemento* de um dos seus *ideais*, de uma de suas *dimensões*, pode ser diferentemente calibrado, em virtude da sua relação com outros ideais de diferentes dimensões”²⁰.

O referido autor expõe que, na realidade, os diferentes elementos constitutivos da segurança jurídica são calibrados de formas diferentes em cada caso. Desse modo, o princípio em si nunca é afastado, apenas é moldado de maneira a se adaptar à determinada situação fática. Nesse sentido, utilizando-se do exemplo da manutenção de efeitos de um ato administrativo ilegal com vistas a preservar a proteção à confiança, afirma o autor que, embora a legalidade possa ser considerada um subprincípio da segurança jurídica, ela atua como um meio de concretização de um dos elementos da segurança jurídica (cognoscibilidade), de maneira que ocorrerá, nessa hipótese, uma maior calibragem dos outros elementos (confiabilidade e calculabilidade) em relação à cognoscibilidade. O autor ainda utiliza-se de uma metáfora ao comparar a segurança jurídica aos pneus de um carro, explicitando que é possível que um seja calibrado mais do que outro na intenção de tornar mais estável o automóvel. Todavia, nenhum deles pode ser totalmente esvaziado sem comprometer o seu funcionamento²¹.

Essa exposição aqui trazida tem, pois, o escopo de demonstrar que não existe a hipótese de se afastar totalmente a segurança jurídica. Assim, caso isso ocorra, o sistema jurídico acaba sendo comprometido como um todo, haja vista que é impossível assegurar o respeito às normas oriundas do ordenamento jurídico se os seus destinatários não tiverem um prévio conhecimento delas, confiarem no ordenamento e, ainda, tiverem o poder de calcular como ele será concretizado²².

19 Ibid., p. 180.

20 Ibid., p. 644 (grifo original).

21 Ibid., p. 647.

22 A exposição acerca da inafastabilidade da segurança jurídica trazida aqui é bastante singela de modo que recomenda-se uma leitura mais acurada da obra de ÁVILA, 2011, principalmente, p. 642 e ss.

Outra noção que é de suma importância para o presente estudo vem a ser o fato de existir uma separação entre o texto legal e a norma dele extraída, mediante o processo de interpretação. Com efeito, cumpre destacar as palavras do filósofo Hans Georg Gadamer: “a lei, enquanto estatuto ou constituição, necessita sempre de interpretação para a sua aplicação prática, o que significa, por outro lado, que toda aplicação prática implica interpretação”²³.

Dworkin expõe, igualmente, que “os juízes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando, num primeiro momento, os limites das restrições institucionais, para só então deixar os livros de lado e resolver as coisas a seu próprio modo”²⁴. Assim, não há uma primeira verificação do *quantum* de influência pessoal que o juiz pode colocar na decisão para só então julgar. Essas questões surgem de maneira concomitante. Há, na realidade, um processo de interpretação/aplicação no seio do qual, tendo em vista o texto normativo e os fatos, surge a norma propriamente dita.

Dentro desse contexto, ocorre que, antes do processo hermenêutico, não há como se falar em uma previsibilidade absoluta de como o texto normativo irá ser interpretado/aplicado. Não há, pois, como aceitar a univocidade dos textos normativos²⁵. Como expõe Grau: “nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado ao sistema jurídico”²⁶.

Tendo em vista tal situação, Ávila utiliza como elemento da segurança jurídica a calculabilidade, em substituição à previsibilidade. Dessa forma, assevera que “o cidadão não tem como prever exatamente qual é a decisão interpretativa a ser judicialmente dada, porque ela só é dada no momento em que a decisão é proferida”²⁷. Na sequência, sustenta que, dentro dessa tese, toda a decisão judicial acabaria sendo imprevisível e, por conseguinte, contrária à segurança jurídica. Aí porque há que se falar em calculabilidade, ou seja, a realização de um estado no qual o destinatário do Direito tenha uma “elevada capacidade de prever o

²³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 399.

²⁴ DWORAKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 136. Ressalte-se que a referência a “resolver as coisas a seu próprio modo” está inserida na análise crítica que o autor americano faz aos juízes e não na tese que defende.

²⁵ ÁVILA, 2011. p. 303.

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40.

²⁷ ÁVILA, 2011. p. 617.

número reduzido de alternativas decisórias e o espectro de tempo em que a decisão a seu respeito será tomada”²⁸.

De todo o exposto até o presente momento, pode-se extrair algumas premissas:

- 1) a segurança jurídica é um braço do Estado de Direito, consubstanciando-se em um princípio que tem por escopo permitir que o indivíduo tenha cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade em relação às ações estatais;
- 2) a segurança jurídica é uma espécie de possibilidadora das relações jurídicas de um Estado de Direito;
- 3) a norma extraída de um texto normativo, após o processo hermenêutico, pode ter diversas roupagens a depender do contexto em que se realiza o processo interpretativo;
- 4) o indivíduo tem o direito subjetivo de conhecer as ações do Estado, com um mínimo de confiabilidade que lhe permita traçar previamente quais serão as consequências de seus atos.

Nesse contexto, o próximo tópico será destinado especificamente à advocacia pública e sua relação com a segurança jurídica.

1.2 A ADVOCACIA PÚBLICA E A NECESSIDADE DE COESÃO FRENTE AO CIDADÃO

A Advocacia Pública tem por finalidade principal a defesa do Estado, incluindo todos os poderes da república. Nesse sentido, como vem sendo ressaltado desde o introito, o Brasil constitui-se em Estado de Direito, o que implica na observância de uma série de preceitos fundamentais para sua concretização. Assim, importante destacar que a Constituição, logo em seus prolegômenos (art. 2º), determina que são poderes da União o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, consolidando-se, dessa forma, o ideal iluminista da tripartição dos poderes²⁹.

Ademais, insere-se no modelo institucional adotado no Brasil, duas características fundamentais: a inafastabilidade do poder judiciário

²⁸ ÁVILA, 2011, p. 617.

²⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. principalmente p. 176 e ss.

(vinculada expressamente pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) e a incidência do preceito de que toda a decisão pode ser reapreciada pelo poder judiciário, consolidando a tese do *judicial review* estadunidense³⁰, autorizando-se, com efeito, que qualquer magistrado brasileiro adote determinado posicionamento acerca da compatibilidade de determinada norma com a ordem constitucional vigente³¹.

Noutro passo, não se pode esquecer, igualmente, o destaque conferido pela Carta Magna ao papel do Ministério Público. Essa instituição constitui-se em órgão dotado de independência, tendo seus agentes completa liberdade funcional para oficiar no intuito de defender a ordem constitucional vigente, bem como a integridade dos ditames legais presentes no ordenamento pátrio. Para tanto, lhe são incumbidas as funções elencadas no art. 129 da Constituição Federal.

Nesse contexto, diante do esboço institucional acima descrito, extrai-se a premissa de que é possível, que o próprio Estado ocupe o polo ativo e passivo de demandas. Do mesmo modo, é notório que a Administração Pública, em sentido lato (a qual está vinculada pela legalidade – art. 37, *caput*, da Constituição), não detém o monopólio da interpretação acerca das regras vigentes. O citado *judicial review* permite que o poder judiciário seja, em última instância, o responsável por fixar *standards* interpretativos das leis, à luz da Carta Política. Ademais, o Ministério Público dispõe de instrumentos hábeis a acionar o judiciário, buscando sua pronúncia acerca de determinados temas que envolvam aplicação de regras constitucionais e infraconstitucionais.

Nessa ordem de ideias, torna-se imprescindível a existência de uma instituição capaz de representar o próprio Estado em juízo, bem como lhe prestar consultoria jurídica acerca da aplicação das normas. Dessa sorte, a ordem constitucional de 1988, principalmente em seus arts. 131 e 132, conferiu importância bastante acentuada ao papel da Advocacia-Geral da União (AGU), no âmbito da União, bem como às procuradorias estaduais e municipais³².

Esse *locus privilegiado* ocupado pela Advocacia-Geral da União³³ lhe confere determinadas atribuições que merecem destaque. Nesse sentido, é por meio da atuação da AGU que o Poder Executivo conta com uma assessoria jurídica capaz de evitar que atos ilegais ou inconstitucionais sejam por ele adotados. Da mesma forma, é a advocacia pública que permite o acesso de todos os órgãos públicos, integrantes de todos os poderes da república, ao

³⁰ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. v. 1. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 213-214.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 62-63.

³² Embora essas últimas não estejam albergadas expressamente pelo texto constitucional.

³³ Como o presente estudo é focado na Advocacia-Geral da União, essa instituição receberá maiores atenção sem, contudo, que seja ignorado o importante trabalho desempenhado pelas procuradorias dos demais entes federativos.

poder judiciário. Demais disso, cumpre aos órgãos de representação a fixação de parâmetros para que decisões judiciais sejam devidamente cumpridas, bem como reconhecer determinadas interpretações legais ou constitucionais, mesmo que desfavoráveis ao entendimento inicialmente defendido, com o escopo de evitar que novas demandas sobre as mesmas matérias sejam instauradas. Enfim, atuando desse modo, permite-se a concretização da autovinculação estatal ao poder judiciário³⁴, que, como já assentado, é uma das próprias formas de manifestação do Estado.

Delineado o papel da advocacia pública, faz-se necessário associá-lo aos preceitos trazidos no ponto 1.1 do presente trabalho. Nesse sentido, naquele ponto enfatizou-se a necessidade de concretização do princípio da segurança jurídica como um dos fundamentos do Estado de Direito, assegurando-se que os cidadãos tenham cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade em relação aos atos da Administração Pública.

Ocorre que para que seja possível a efetiva realização de um estado de segurança jurídica no seio da sociedade, faz-se imprescindível que a Administração Pública, por meio da advocacia pública, exercente uma atuação coesa frente ao judiciário. Com efeito, já foi destacado no decorrer do estudo que a moderna hermenêutica defende a dissociação entre o texto normativo e norma dele extraída³⁵, de modo que é possível a concretização do mesmo preceito legal de diversas formas. Frente a esse contexto, levando em conta ainda a inflação legislativa típica da atualidade, atrelada a vigorosa litigiosidade presente nos tribunais brasileiros, é corriqueiro que ocorram situações em que não haja um entendimento uniforme acerca de determinada matéria sedimentado no âmbito da advocacia pública e, por conseguinte, da administração pública.

Essa situação pode levar a uma série de consequências drásticas para a população. Veja-se, à guisa de exemplo, alguns casos hipotéticos:

No primeiro exemplo, tem-se uma norma que confere aumento aos servidores públicos, a qual é de discutível legalidade, uma vez que possivelmente fira preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000). É plausível a situação em que haja defesa divergente em casos propostos por servidores públicos distintos. Nesse sentido, pode ocorrer um fenômeno bastante comum, porém injusto, que é alguns servidores ganharem em juízo o direito de perceber determinado benefício e outros, em situação análoga, não obtenham decisões favoráveis. Decisões como essa afrontam nitidamente o princípio da igualdade.

³⁴ ABREU, Dimitri Brandi de. Divergências entre a advocacia pública e a administração quanto à interpretação de leis: problemas e soluções possíveis. In: PAVIONE, Lucas dos Santos; SILVA, Luiz Antonio Miranda Amorim (org.). *Temas Aprofundados da AGU – Advocacia-Geral da União*. Salvador: JusPodvm, 2012. p. 207.

³⁵ GRAU, op. cit., p. 40.

De outra sorte, é possível, também, um desenho de um exemplo no qual alguns contribuintes pleiteiem a ilegalidade do lançamento tributário levando em conta específica interpretação acerca de determinada regra definidora de hipótese de incidência tributária. Nesse caso, a defesa divergente, igualmente, pode conduzir ao fato de que determinados contribuintes, em situações análogas, tenham decisões divergentes, afrontando o princípio da igualdade.

Em um terceiro exemplo, em situação extremada, mas não tão rara quanto parece, é possível que o fornecimento de determinado fármaco de alto custo e complexidade, tenha sua necessidade de fornecimento discutida no judiciário. Pois bem, suponha-se que, em demandas análogas, a advocacia pública adote posturas diferenciadas: no primeiro caso, não seja interposto agravo de instrumento da decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela. No segundo caso, referido instrumento processual é interposto, sendo a decisão antecipatória de tutela suspensa liminarmente. Suponha-se, ainda, que o segundo paciente venha a óbito. Cuida-se de um caso extremo em que a atuação divergente da advocacia pública, além de não garantir a efetivação do direito à igualdade, pode contribuir para uma desigualdade bastante sordida: vida para um autor e morte para outro, considerando que o paciente do segundo caso venha a óbito.

Poderiam ser aqui citados uma infinidade de casos análogos aos exemplos acima expostos. Contudo, eles já são suficientes para que seja transmitida a ideia de que uma advocacia pública coesa é necessária à realização do Estado Democrático de Direito.

Demais disso, importante salientar que o cidadão dispõe do direito de confiar na Administração Pública como um todo. Para tanto, é bastante plausível que ele tenha ciência prévia, mormente em casos bastante repetitivos, da postura da advocacia pública em determinada matéria, fazendo com que ele possa saber de antemão quais serão as consequências de seus atos.

Essa coesão da advocacia pública, no âmbito da AGU, se dá, dentre outros meios, pela edição de Súmulas conforme será analisado no próximo tópico.

2 AS SÚMULAS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E A CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

2.1 PREVISÃO LEGAL E FORMAÇÃO DAS SÚMULAS NO ÂMBITO DA AGU

As Súmulas da AGU contam com um sólido apoio legal, estando previstas na própria Lei Orgânica da instituição (Lei complementar

nº 73/1993). É do dirigente do órgão, o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 4º, XII, da lei de regência da AGU, a competência para editar súmulas, as quais devem estar lastreadas na jurisprudência iterativa dos tribunais superiores³⁶, possuindo, também, caráter obrigatório aos membros de todas as carreiras da AGU (Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central)³⁷. Importante destacar a previsão expressa do dever de observância dos enunciados sumulares pelos membros da AGU:

Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado:

I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais;

II - contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União;

III - manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo ordem, ou autorização expressa do Advogado-Geral da União.

Desse modo, percebe-se que a própria Lei Orgânica da AGU prevê uma vinculação bastante forte de seus membros às orientações sumulares da direção superior. Infere-se, desse modo, que, desde os albores da instituição, houve uma preocupação com a coesão no âmbito da advocacia pública da União, a fim de que fosse evitada a existência de posicionamentos díspares dentro da própria instituição. Para tornar os contornos mais veementes ainda, impende destacar a criação da Procuradoria-Geral Federal, pela Lei nº 10.480/2002, a qual congregou todos os responsáveis por procuradorias da administração indireta da União no mesmo órgão, subordinando-os ao Advogado-Geral da União. Desse modo, consagrou-se a ideia de um posicionamento jurídico único no âmbito da advocacia pública da União, incluindo a administração indireta.

³⁶ Art. 4º. São atribuições do Advogado-Geral da União:

[...]

II - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;

[...]

³⁷ FANTIN, Adriana Aghioni; ABE, Nilma de Castro. Processo de Formação das Súmulas da Advocacia-Geral da União. In: FANTIN, Adriana Aghioni; ABE, Nilma de Castro (coord.). *Súmulas da AGU comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

Como ressaltam Adriana Aghioni Fantin e Nilma de Castro Abe, a criação de súmulas remete à década de 1960, quando o Supremo Tribunal Federal (STF), adotando ideia do Ministro Victor Nunes Leal, passou adotar súmulas no intuito de acelerar julgamentos e tornar mais transparentes seus entendimentos consolidados³⁸.

As mesmas autoras conceitam súmula como sendo “uma síntese de um entendimento jurídico estabelecido a partir de reiteração de decisões sobre uma mesma matéria”³⁹, devendo ser consolidados em enunciados sintéticos capazes de expressar o conteúdo central da súmula.

Com efeito, as súmulas da AGU, ademais de estarem previstas na própria Lei Orgânica da instituição, possuem um regulamento próprio para a sua edição. Em um primeiro momento, adotou-se do Ato Regimental nº 2/1997, o qual “estabeleceu os procedimentos administrativos no âmbito da representação judicial da União, das autarquias e das fundações públicas federais, para a edição dos enunciados das Súmulas Administrativas da AGU”⁴⁰.

No contexto hodierno, tem-se a vigência do Ato Regimental nº 1/2008, o qual rege o processo de formação das Súmulas da AGU, e que derrogou expressamente o antigo marco normativo do tema em comento⁴¹.

Registre-se que as Súmulas têm por finalidade a condensação em um enunciado de determinado tema atinente à fazenda pública e que esteja consolidado na jurisprudência dos tribunais. Nesse passo, considera-se um entendimento consolidado aquele que foi decidido pelo pleno do STF, ou por suas duas turmas, ou por órgão especial de tribunal superior, ou que esteja consolidado em todas suas turmas da corte⁴². Faz-se necessário, portanto, que entendimento objeto de súmula esteja calcado em decisões dos tribunais superiores e de forma pacífica.

É do Secretário-Geral de Contencioso a competência para propor ao Advogado-Geral da União a edição de uma Súmula, a qual deve ser resultante da reiteração de decisões de tribunais superiores em um determinado sentido, conforme determina o art. 4º do Ato Regimental nº 1/2008. As Súmulas devem ser publicadas no Diário Oficial da União, por 3 dias subsequentes, fazendo referência à legislação e jurisprudência pertinente (art. 3º). Anualmente, até o dia 31 de janeiro, o Secretário-Geral de Contencioso fará a consolidação das Súmulas, encaminhando-a ao Advogado-Geral para

³⁸ FANTIN; ABE, op. cit., p. 32-33.

³⁹ Ibid., p. 33.

⁴⁰ Ibid., p. 34.

⁴¹ Ibid., p. 35.

⁴² Ibid., p. 35.

publicação no Diário Oficial (art. 4º, parágrafo único). Essa providência é adotada para efeitos de consolidação e revisão anual das Súmulas já editadas, as quais podem ser inclusive revogadas tendo em vista alteração do quadro jurisprudencial que lhe conferiu o suporte inicial para sua edição⁴³.

Os dirigentes dos órgãos superiores da AGU (Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Procurador-Geral Federal e o Consultor-Geral da União), podem encaminhar, ao Secretário-Geral de Contencioso, propostas de súmulas para que ele possivelmente encaminhe ao Advogado Geral (art. 5º). O Secretário-Geral de Contencioso pode considerar indevida a adoção de determinado enunciado sumular, dando ciência ao proponente, o qual poderá trazer novos elementos aptos a lastrearem a edição de uma Súmula. Em ambos os casos, o Secretário-Geral de Contencioso encaminhará a matéria ao Advogado Geral que decidirá a respeito (art. 5º, §§ 1º e 2º).

Como já exposto no introito desse ponto, os membros das carreiras da AGU ficam adstritos aos termos da Súmula (art. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73/1993). Demais disso, os membros ficam autorizados a reconhecer pedidos administrativos, bem como a orientar seu deferimento pela Administração, desde que estejam em consonância com o enunciado sumular (art. 6, § 1º do Ato Regimental nº 1/2008)⁴⁴.

Demais disso, no que tange à atuação contenciosa, os membros da AGU “ficam autorizados a reconhecer a procedência de pedido, não contestar, não recorrer e desistir dos recursos já interpostos contra decisões nos casos que estejam em integral consonância com Súmulas da AGU (art. 6º, § 2º do Ato Regimental nº 1/2008)”⁴⁵.

2.2 ALGUNS EXEMPLOS DE APLICAÇÃO PRÁTICA

A AGU conta, hoje, com 70 súmulas, acerca dos mais variados temas⁴⁶. Nesse sentido, nessa etapa final do trabalho serão comentadas algumas Súmulas que foram importantes na criação de um estado de segurança jurídica para com o administrado.

Importantes enunciados, nada menos que 6, se referem à extensão do aumento de 28,86% aos servidores civis da União. Referida majoração de vencimentos foi objeto da Lei nº 8.627/1993 e causou uma extensa

⁴³ Ibid., p. 37

⁴⁴ Ibid., p. 36.

⁴⁵ Ibid., p. 36-37.

⁴⁶ Conforme consulta, realizada em 27 de agosto de 2013, ao site: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas>ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Sumulas.

celeuma no âmbito da Administração Pública Federal, tendo a União sido condenada a pagar as diferenças salariais a um elevado número de servidores. Todas as súmulas referentes ao assunto foram de extrema importância para assegurar que todos os servidores tivessem suas demandas judiciais julgadas de forma isonômica.

As Súmulas 7 e 8 se referem a pensões concedidas a ex-combatentes, com fundamento no art. 53, II, da Constituição Federal e constituem-se em importante marco de uniformização de entendimento no âmbito da AGU, contribuindo para que fossem evitadas decisões conflitantes acerca da mesma matéria e mantendo-se, assim, o princípio da igualdade intacto.

A Súmula nº 12 que dispôs que é “facultado ao segurado ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio ou nas Varas Federais da capital do Estado-membro”, igualmente trouxe uma segurança jurídica bastante importante para o Administrado, evitando-se que discussões sobre competência fossem travadas, tornando a disputa morosa. Contribuiu, desse modo, para a garantia do acesso à justiça pelos segurados do INSS⁴⁷.

Ainda acerca de matéria previdenciária, interessante fazer menção à Súmula nº 15, a qual assevera que:

A suspeita de fraude na concessão de benefício previdenciário não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, mas dependerá de apuração em procedimento administrativo, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Veja-se que o presente enunciado, ao evitar que segurados sejam privados do benefício antes do devido processo legal, contribui bastante para a segurança jurídica dos segurados, fazendo com que não haja decisões que cassem benefícios previdenciários de forma incorreta. O enunciado sumular em comento contribui diretamente para a concreção de um preceito fundamental da ordem constitucional vigente no Brasil, qual seja, o art. 5º, LV, da Constituição⁴⁸.

A redação da Súmula nº 63 vai ao encontro do que dispôs a Súmula nº 16, embora os destinatários sejam diversos. Nesse sentido, assim afirma o enunciado:

⁴⁷ CRUZ, Marcelo Cavaletti de Souza. Súmula 12, de 19 de Abril de 2012. In: FANTIN, Adriana Aghioni; ABE, Nilma de Castro (coord.). *Súmulas da AGU comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 132.

⁴⁸ CRUZ, Marcelo Cavaletti de Souza. Súmula 15, de 19 de Abril de 2012. In: FANTIN, Adriana Aghioni; ABE, Nilma de Castro (coord.). *Súmulas da AGU comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151.

A Administração deve observar o devido processo legal em que sejam assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório para proceder ao desconto em folha de pagamento de servidor público, para fins de resarcimento ao erário.

Veja-se que esse enunciado, do mesmo modo que o anterior, visa a criar um estado de segurança jurídica junto ao Administrado (no caso, servidor público), evitando-se que haja descontos em seus vencimentos sem que seja exercido o direito ao contraditório e ampla defesa.

Poderiam ser citadas aqui diversas outras súmulas, dentre as 60, já editadas pela AGU. Todavia, tem-se que com esses poucos exemplos, é possível que se conclua que as súmulas são bastante importantes na advocacia pública, contribuindo para que seja adotada uma postura coesa em relação à sociedade e, principalmente, garantindo que haja segurança jurídica do indivíduo frente à Administração Pública.

3 CONCLUSÕES

1. Adotando-se a definição traçada por Humberto Ávila, a segurança jurídica deve ser considerada um princípio objetivo com ideais de concretização de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Do mesmo modo, é caracterizado, ao mesmo tempo, como um subprincípio do princípio do Estado de Direito e como um sobreprincípio de outros princípios, como legalidade e contraditório, entre outros. Demais disso, possui uma eficácia necessária para a concreção das demais regras do ordenamento jurídico, tornando-se um princípio inafastável e funcionando, muitas vezes, como um pressuposto para a própria manifestação do Direito.

2. A norma é o resultado da interpretação do texto normativo e não há como se aceitar que exista uma única verdade absoluta que será extraída do texto legal. O processo hermenêutico é complexo e pode levar a diversas aplicações do mesmo texto. Por essa razão, um dos elementos da segurança jurídica deve ser a calculabilidade (e não a previsibilidade absoluta). Assim, o particular tem como calcular qual será a postura da advocacia pública no tocante a determinada controvérsia. Todavia, não é possível que ele venha a antever qual será a posição adotada, de maneira que a edição de súmulas confere maior concretude à segurança jurídica.

3. A advocacia pública é uma instituição essencial a um Estado Democrático de Direito. No Brasil, em virtude, principalmente, dos institutos do *Judicial Review* e da inafastabilidade da jurisdição, a própria Administração Pública é correntemente parte de processos judiciais,

sendo necessário, para que sua defesa seja perfectibilizada, a existência de um órgão próprio capaz de defender todos os poderes da república. Ademais, por expressa previsão constitucional, a AGU desempenha, no país, também função consultiva junto ao poder executivo.

4. A segurança jurídica dos cidadãos frente a uma advocacia pública bastante atuante, considerando-se um cenário em que existe uma profusão normativa bastante acentuada, atrelada a constantes disparidades interpretativas, torna necessária uma coesão de toda a advocacia pública perante o cidadão, com vistas a assegurar a necessária segurança jurídica e confiabilidade nas ações estatais. Desse modo, um dos meios de a AGU conferir concretude a essa premissa é por meio da edição de súmulas vinculativas da atuação de todos os membros de suas carreiras.

REFERÊNCIAS

ABREU, Dimitri Brandi de. Divergências entre a advocacia pública e a administração quanto à interpretação de leis: problemas e soluções possíveis. In: PAVIONE, Lucas dos Santos; SILVA, Luiz Antonio Miranda Amorim (org.). *Temas Aprofundados da AGU – Advocacia-Geral da União*. Salvador: JusPodvm, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

ARAÚJO, Gilvan Charles Cerqueira de. Território, discurso e poder: as políticas de subjetivação e seu uso pelo Estado. In: *Direito Constitucional e Biopolítica*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*. Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira, Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*. Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros, v. 8, n. 1, 2000.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2012.
- _____. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Parecer. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, nº 2, abr./jun. 2006.
- _____. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Direitos Humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BINENBOJN, Gustavo. *Uma nova teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.
- CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COUTO e SILVA, Almiro Regis do. Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado Contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 27, n. 57. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do RS, 2003.
- CRUZ, Marcelo Cavaletti de Souza. Súmula 12, de 19 de Abril de 2012. In: FANTIN, Adriana Aghioni; ABE, Nilma de Castro (coord.). *Súmulas da AGU comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Súmula 15, de 19 de Abril de 2012. In: FANTIN, Adriana Aghioni; ABE, Nilma de Castro (coord.). *Súmulas da AGU comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FANTIN, Adriana Aghioni; ABE, Nilma de Castro. Processo de Formação das Súmulas da Advocacia-Geral da União. In: FANTIN, Adriana Aghioni; ABE, Nilma de Castro (coord.). *Súmulas da AGU comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. v. I. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: EF, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002.

ROSSUM, Ralph A. *American Constitutional Law*. 6. ed. Belmont. Wadsworth, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da . O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 798, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. v. 1. 3 ed. New York: Foundation Press, 2000.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL: INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE UMA SOCIEDADE PLURAL

*CHAMBER OF CONCILIATION AND ARBITRATION OF THE FEDERAL
ADMINISTRATION: AN INSTRUMENT TO RESOLVE CONFLICTS IN A
PLURAL SOCIETY*

Ricardo Luiz Barbosa de Sampaio Zagallo
Advogado da União lotado na Consultoria Jurídica do Ministério da Pesca e
Aquicultura

SUMÁRIO: Introdução; 1 O desenvolvimento da idéia moderna de justiça; 2 O modelo habermasiano de justiça; 3 A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) como instrumento de resolução de conflitos de uma sociedade plural; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Mais do que seu mero aspecto operacional, no qual se destaca a celeridade, com redução de custos, na resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública, a implementação da CCAF, com a sujeição de conflitos administrativos a um procedimento conciliatório, compatibiliza-se com uma concepção moderna de justiça, de cunho procedural, diretamente relacionada a uma sociedade plural, permeada por diversas concepções sobre o bem.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos Administrativos. Conciliação. Sociedade Plural.

ABSTRACT: More than its mere operational aspect, which emphasizes the speed, cost reduction of conflict resolution within the public sector, the subjection of administrative conflicts to a conciliatory procedure within the CCAF complies a modern conception of justice, with procedural nature, which is directly related to a plural society permeated by various conceptions of the good.

KEYWORDS: Administrative Conflicts. Conciliation. Plural Society.

INTRODUÇÃO

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, (CCAF), órgão da Consultoria-Geral da União, foi constituída pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007, que dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes.

Compete à CCAF, conforme o art. 17 do Ato Regimental nº 05/07:

- (a) identificar os litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal;
- (b) manifestar-se quanto ao cabimento e à possibilidade de conciliação;
- (c) buscar a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal; e
- (d) supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito de outros órgãos da Advocacia-Geral da União.

Trata-se de mecanismo de resolução de conflitos que, ao privilegiar a solução conciliada, “vai ao encontro da visão moderna do Estado gerencial na medida em que traduz o cumprimento *eficiente* de suas finalidades, por meio de mão de obra qualificada e instrumentos adequados, evitando-se maiores custos e emprego de esforços desnecessários para solução de controvérsias envolvendo segmentos da administração Pública”¹.

Mais do que seu mero aspecto operacional, no qual se destaca a celeridade, com redução de custos, na resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública², demonstrar-se-á neste trabalho que a implementação da CCAF, com a sujeição de conflitos administrativos a um procedimento conciliatório, compatibiliza-se com uma concepção moderna de justiça, de cunho procedural, diretamente relacionada a uma sociedade plural, permeada por diversas concepções sobre o bem.

Para isso, primeiramente será investigada a origem da idéia moderna de justiça, desde a Grécia antiga até a modernidade. Será

1 Extraído do material fornecido pelo Dr. Orlando Muniz, Procurador Federal e Diretor da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal.

2 As Portarias AGU 1.099, de 28 de julho de 2008, e 481, de 06 de abril de 2009, incluíram, respectivamente, os Estados e os Municípios como possíveis participantes de procedimento conciliatório no âmbito da CCAF.

dado destaque à concepção de Jürgen Habermas, pensada para sociedades multiculturais e extremamente individualizadas, como são as contemporâneas. Por fim, será verificada a compatibilidade entre os fins propostos à CCAF e concepção habermasiana de justiça.

1 O DESENVOLVIMENTO DA IDÉIA MODERNA DE JUSTIÇA

Em seus primórdios, as sociedades gregas eram essencialmente *fechadas*, isto é, sociedades primitivas tribais formadas por pequenos bandos de guerreiros, que viviam em postos fortificados, governados por chefes tribais, reis ou famílias aristocráticas, e travavam constantemente guerra umas contra as outras³. A atitude mágica ou irracional era então a linha que guiava os costumes sociais, em que vida social e natureza possuíam a mesma fonte sobrenatural.

O crescimento da população, o desenvolvimento da navegação marítima e do comércio, no entanto, propiciaram um maior intercâmbio cultural entre membros de diversas tribos, bem como um senso de iniciativa e independência individuais incompatíveis com o caráter totalitário do tribalismo. E, enquanto que levou a reações para restabelecer o tribalismo pela força – e, por conseguinte, os interesses oligárquicos –, como em Esparta, por outro lado desencadeou (notadamente em Atenas) uma grande revolução cultural, a invenção da discussão crítica e fundou as bases para uma estrutura de pensamento livre de obsessões mágicas⁴. Nesse ambiente, propício à formulação, circulação e discussão de idéias, a esfera das relações entre os indivíduos perde seu caráter de reprodução mecânica do cosmos, e tanto a sofística como a filosofia surgem como respostas críticas à formulação mágica da sociedade e do homem.

Mas a face perversa da liberdade do indivíduo em suas relações com outros indivíduos, livre em grande medida das ameaças mágicas e dos mitos, começou a manifestar-se por meio do egoísmo e da ambição de poder, disseminando a corrupção e a degradação dos homens e das instituições. Nesse ambiente, Sócrates surge como um crítico da falta de honestidade intelectual e da obsessão política pelo poder, apelando para o respeito dos homens entre si e de si mesmos. Seu apelo era de ordem moral, lutando contra a auto-satisfação e a complacência, insistindo para que o homem não fosse apenas um pedaço de carne, pois o que tornaria a

³ POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomo I. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. p. 187.

⁴ Ibidem, p. 191.

vida humana digna é a razão e “um amor à bondade, à humanidade, um amor à beleza e ao bem”⁵.

Nesse apelo socrático, identifica-se pela primeira vez um substrato no homem que, não obstante não estar vinculado a qualquer origem sobrenatural, ultrapassa sua mera existência animal (*zoé*) e seus interesses imediatos. É plausível, pois, atribuir-se a Sócrates a criação do conceito de *alma*, que até os dias atuais exerce enorme influência sobre a civilização ocidental⁶. A alma socrática, todavia, afasta-se de teorias metafísicas, sendo um apelo e uma doutrina de ordem moral, compatível com sua atitude para com a ciência, que combinava “o mais agudo interesse pela argumentação racional com uma espécie de agnosticismo moderno”⁷. O dito socrático “cuida de tua alma” é, desse modo, essencialmente um apelo à honestidade intelectual, àquilo que “melhora com a justiça e se arruína com a injustiça”⁸.

Por outro lado, Platão dota a atitude moral socrática, isto é, sua concepção de *alma*, de um fundamento metafísico, condizente com sua formulação da justiça como correspondência entre a ordem cósmica e a ordem da cidade – porém não de forma mecânica e alheia ao homem, como na tradição mágica e mitológica das tribos, mas sim como um horizonte *nomotético*, em que a vida dos homens reflete uma ordem do mundo que constitui seu fundamento⁹. A razão, inata ao homem e que o faz *mais que um pedaço de carne*, é agora apenas um instrumento, por meio do qual é possível o acesso a um plano superior, absoluto e atemporal, no qual está a Idéia do Bem, que para Platão é universal, eterna e una.

Nessa perspectiva, a justiça, como fundamento do Estado platônico, é um princípio geral de ordem, regularidade, unidade e legalidade, adequado a papéis sociais estáveis e à impossibilidade de amplas mudanças sociais, que seriam mortais para o Estado¹⁰. Há, portanto, nessa ordem universal, um caráter prescritivo, uma lei cósmica que vigora para todas as coisas e para a qual toda mudança é corrupção, decadência ou degeneração¹¹.

5 POPPER, op. cit., p. 206.

6 BURNET, J. A doutrina socrática da alma, p. 235 APUD POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomo I, p. 206.

7 POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomo I, p. 291, nota 9.

8 PLATÃO, Crítón, p. 6. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/criton.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

9 VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e Direito*, p. 214.

10 FARO, Marcus de Castro. *Política e Relações Internacionais*: fundamentos clássicos, p. 19.

11 POPPER, op. cit., p. 33.

Desde logo salta às vistas que o paradigma platônico, fundado em um Estado unitário, na Idéia do Bem universal e atemporal, mostra-se incompatível com a sociedade pluralista moderna, em que devem conviver no mesmo espaço e em cooperação diferentes grupos e indivíduos e as mais diversas idéias sobre o bem. Se para Platão a verdadeira felicidade só se realiza por meio da justiça, que para ele se traduz na conservação de cada coisa no seu lugar, é plausível a afirmação de Popper segundo a qual suas idéias não levam além do totalitarismo e do racismo¹². Assim, a adoção de tal paradigma significa a manutenção das desigualdades e das dores concretas da sociedade.

Por sua vez, para Aristóteles, a natureza permanece como uma ordem imutável, que sempre existiu, e na qual cada coisa tem seu lugar. Há uma hierarquia e ordem pré-estabelecidas pela natureza na sociedade, representada pela categoria dos pares naturais (homem / mulher; senhor / escravo), que traduz relações de dominação, naturalizadas, e das quais depende a existência do próprio ser. Deve-se, nesses termos, “unir dois a dois os seres que, como o homem e a mulher, não podem existir um sem o outro, devido à reprodução”, existindo, por obra da natureza e para conservação da espécie, “um ser que ordena e outro ser que obedece”¹³.

Não obstante, embora assumindo o mesmo horizonte nomotético de Platão, Aristóteles vai de encontro a seu mestre naquilo que considera em sua concepção do cosmos e da sociedade como exacerbadamente unitário, a ponto desta unidade configurar o Estado como uma mera reprodução da unidade doméstica. Na visão aristotélica, “a cidade é multidão” que, se for levada à unidade, “tornar-se-á família, e de família [a] indivíduo”, não se compõndo apenas de indivíduos, mas principalmente de homens especificamente diferentes¹⁴. Desse modo, Aristóteles se distancia da unidade moral exigida por Platão, posicionando-se em favor da pluralidade e da diferença¹⁵.

Em relação à Idéia do Bem, também emerge uma diferença significativa entre Aristóteles e Platão. Como visto, para este bem algum poderia existir se não de forma predeterminada e na origem das coisas, em sua perfeita Forma ou Idéia, e toda mudança ou desenvolvimento significava degeneração, por implicar em dessemelhança com o estado perfeito, original. Para Aristóteles, por outro lado – embora admitisse de igual maneira a existência do bem desde o início – sua teoria o concebe

¹² POPPER, op. cit., p. 184.

¹³ ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru, SP: EDIPRO, 1995. p. 12.

¹⁴ Ibidem, p. 40.

¹⁵ FARO, op. cit., p. 25.

não somente no princípio, mas, admitindo o movimento, afirma sua permanência em seu fim ou propósito.

Nessa perspectiva, a mudança pode ser progresso, o que dota a concepção do bem aristotélica de um *otimismo*¹⁶ inexistente em Platão. Movimento e alteração, todavia, significam a realização das potencialidades já existentes na essência de uma coisa: um pedaço de madeira tem em si a potencialidade de flutuar na água ou ser queimado, ainda que nunca venha a flutuar ou queimar-se. Por outro ângulo, tudo que é retirado de seu lugar natural, também tende a retornar a ele. Logo, Aristóteles não admite a existência das Formas ou Idéias em separado das coisas, mas como parte de sua essência, cujas potencialidades ínsitas adquirem uma *causa final* para a qual se desenvolvem que é idêntica à essência¹⁷.

Distanciando-se dessa extrema unidade do Estado platônico, a perspectiva de Aristóteles incorpora a pluralidade social e política como inerente a qualquer sociedade, o que conduz à discussão dos efeitos e dos desafios políticos resultantes da coexistência de diferenças morais¹⁸. Nesse paradigma, portanto, embora sua premissa também esteja em uma ordem natural hierarquizada e imutável, a ênfase nos procedimentos caracterizadores das práticas políticas substitui o foco platônico em um acesso abstrato à Idéia do Bem.

Nesse quadro é possível distinguir-se três modos de pensar e praticar a política e, consequentemente, três visões distintas da sociedade:

(a) o modo tradicional, (b) o modo atemporal e (c) o modo cívico¹⁹. Enquanto o primeiro modo representa a política condicionada essencialmente pelas contingências temporais, inexistindo qualquer tentativa de sistematização ou busca por um fundamento teórico, os dois últimos são entendidos como proposições fundadas em um referencial ético²⁰. Com efeito, a idéia de correspondência entre a ordem cósmica e a ordem da cidade, presente tanto em Platão como em Aristóteles, embora em diferentes graus, está nas origens gregas da definição de uma esfera do direito e da justiça, à qual o ser humano deve elevar-se para se libertar do mundo da violência e do caos²¹.

16 A expressão está em POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomo II, p. 11.

17 ARISTÓTELES. *Metafísica*. v. I. São Paulo: Loyola, 2002.

18 FARO, op. cit., p. 25.

19 OCOCK, John G. *The Machiavellian Moment*. Princeton: Princeton University Press, 1975.

20 FARO, op. cit., p. 31-32.

21 VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e Direito*. São Paulo: Landy/Loyola, 2002. p. 215.

No modelo aristotélico, entretanto, a universalidade do natural (*physis*) e a particularidade do *ethos*, isto é, de uma apreciação valorativa da conduta humana, encontram-se unidas pela normatividade de uma mesma razão prática, emergindo a política como parte dessa práxis. Dessa forma, a justiça da ação política é aferida nas contingências do acontecer histórico, sem a necessidade de recorrer-se ao paradigma trans-histórico da cidade ideal de Platão²².

Assim, os modos atemporal e cívico da política podem ser entendidos como desdobramentos, respectivamente, dos paradigmas universalista e particularista. O primeiro modo, voltado ao universal e imutável, fundado na premissa de que a essência das coisas se encontra além da experiência sensível. Já na maneira cívica, uma tentativa de referir-se ao particular sem, no entanto, necessariamente retomar o modo tradicional da política.

Nessa última dimensão, a doutrina de Maquiavel é emblemática, pois, rompendo com as idéias republicanas pré-humanistas – que consideravam a inexistência de divisões internas como condição indispensável para se atingir a *grandezza* cívica, o que as aproximava de uma perspectiva unitária herdada do platonismo –, enxergava a agitação provocada por posições diversas a causa primeira da liberdade e da grandeza²³. Além disso, para Maquiavel, as ações políticas deveriam ser julgadas não por uma suposta justiça intrínseca a elas, mas sim pelos efeitos produzidos²⁴.

A formulação ético-política de Aristóteles permanece, dessa maneira, como a principal fonte das concepções morais e políticas do Ocidente até o século XVII, quando o advento da razão iluminista e seu individualismo levam ao abandono de sua *philosophia practica*²⁵. Não obstante, seu ensinamento acerca da inevitabilidade do pluralismo em toda e qualquer sociedade fornece as bases da concepção moderna de justiça. De fato, as proposições preponderantes da justiça na contemporaneidade têm como premissa básica a impossibilidade da formulação de uma idéia substantiva do bem que possa ser compartilhada por todos, distinguindo-se unicamente na forma como enxergam essa diversidade.

22 VAZ, op. cit., p. 222 e 225.

23 SKINNER, Quentin. Machiavelli's Discorsi and the pre-humanist origins of republican ideas. In: BOCK, Gisela; SKINNER, Quentin; VIROLI, Maurizio. *Machiavelli and republicanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 136.

24 Ibidem.

25 VAZ, op. cit., p. 224.

Segundo Citadino, o pluralismo do mundo moderno possui, pelo menos, duas significações distintas: para assinalar a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna, ou como descrição da multiplicidade de identidades sociais, cultural e historicamente dotadas de especificidade²⁶. A essas percepções, portanto, correspondem igualmente duas idéias da justiça, uma liberal e outra comunitária. Para a primeira, que possui como representantes John Rawls, Ronald Dworkin e Charles Larmore, dentre outros, o justo significa assegurar a cada indivíduo a realização de seu projeto pessoal de vida. Já para a visão comunitária, o ideal de justiça não se encontra na idéia de imparcialidade, mas no estabelecimento de um consenso ético, fundado em valores compartilhados²⁷.

Existe ainda, segundo a autora, uma terceira posição, representada por Habermas e denominada *crítica-deliberativa*, que compreende uma mútua dependência entre a autonomia privada, vinculada à autodeterminação moral, e a autonomia pública, associada à auto-realização ética²⁸, a qual será analisada no próximo tópico.

2 O MODELO HABERMASIANO DE JUSTIÇA

Para Habermas, nas sociedades multiculturais e extremamente individualizadas, como são as modernas, há uma tendência de encolhimento do espaço que possa ser ocupado e *privatizado* por indivíduos diversos e por integrantes de subculturas diferentes. Daí, a idéia dos direitos humanos não pode ser imposta ao legislador soberano desde fora, como uma limitação, e tampouco ser utilizada com fins meramente instrumentais de funcionalidade. Pelo contrário, autonomia privada e pública estabelecem uma relação de complementaridade e interdependência, pois para fazerem uso da liberdade política os cidadãos necessitam do adequado grau de autonomia privada, que por sua vez pressupõe sua igual consideração como cidadãos do Estado²⁹.

Com freqüência, a relação entre Direitos Fundamentais e Democracia é vista como uma relação antinômica, isto é, como elementos

²⁶ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 1.

²⁷ Ibidem, p. 5-6.

²⁸ Ibidem, p. 6.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 155.

cuja presença de um necessariamente implica a mitigação ou mesmo a exclusão do outro.

De fato, como visto acima, o surgimento da Constituição moderna atendeu originariamente a um projeto de limitação política, no sentido de retirar do âmbito da esfera de deliberação a disponibilidade sobre certos temas considerados vitais à liberdade do cidadão – e, portanto, naturais – e à consequente segurança necessária ao negócios burgueses. Acompanhando Niklas Luhmann, “nenhuma aquisição da civilização moderna é tanto o resultado de um planejamento intencional quanto as Constituições de que se dotaram os Estados modernos a partir do final do século XVIII”³⁰.

Nessa perspectiva, sua função seria essencialmente antidemocrática, com vistas a garantir a prevalência dos direitos fundamentais, assim a limitação do poder, em face de eventuais maiorias tirânicas³¹. A constitucionalização propiciaria desse modo a razoabilidade da vontade geral, cuja medida são os direitos naturais que, por tal atributo, são anteriores e superiores ao próprio contrato social.

Nas sociedades modernas, caracterizadas por uma *moralidade pós-convencional* – em que, segundo Jürgen Habermas, a marca seria o enfraquecimento das autoridades religiosas e tradicionais e a crescente pluralização das formas de vida culturais que afasta a possibilidade de uma idéia substantiva do bem que venha a ser compartilhada por todos – essa dicotomia se *desnaturaliza* e assume a forma de uma discussão sobre o ideal de justiça entre liberais e comunitários. Assim, o pluralismo, como característica da modernidade, é compreendido, respectivamente, quer como “a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna” (que possui como representantes, dentre outros, John Rawls, Ronald Dworkin e Charles Larmore), quer como a “multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico” (Charles Taylor e Michael Walzer)³².

Os liberais buscam assegurar as condições necessárias de modo a permitir a realização do projeto pessoal de vida de cada indivíduo,

³⁰ LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. Tradução para fins acadêmicos realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechthistorisches Journal*. v. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor).

³¹ HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, J. and SLAGSTAD, R. (eds.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p.195-240.

³² CITTADINO, op. cit., p. 1.

enquanto que a concepção comunitária se baseia no estabelecimento de um consenso ético, fundado em valores compartilhados³³. Há, portanto, uma hierarquização no âmbito de tais pensamentos, onde ora a dimensão liberdade tem prevalência, garantida pelos Direitos Fundamentais de liberdade negativa (liberais), ora é a soberania popular / igualdade a prioritária, caso dos comunitários.

Habermas, no entanto, inaugura uma nova vertente de pensamento – denominado *crítico-deliberativo* por Gisele Cittadino em virtude de sua filiação à teoria crítica e ao amplo processo de deliberação pública de que depende a “formação racional da vontade”³⁴ – em que considera tanto a autonomia privada, garantida pelos Direitos Fundamentais, quanto a autonomia pública, propiciada pela democracia, como co-originárias, não sendo possível uma sem a outra, encontrando-se ambos os conceitos em uma relação de implicação material³⁵.

Com efeito, nas sociedades multiculturais e extremamente individualizadas, como são as modernas, há uma tendência de encolhimento do espaço que possa ser ocupado e *privatizado* por indivíduos diversos e por integrantes de subculturas diferentes. A idéia dos direitos humanos não pode ser imposta ao legislador soberano desde fora, como uma limitação, e tampouco ser utilizada com fins meramente instrumentais de funcionalidade. Pelo contrário, autonomia privada e pública estabelecem uma relação de complementaridade e interdependência, pois para fazerem uso da liberdade política os cidadãos necessitam do adequado grau de autonomia privada, que por sua vez pressupõe sua igual consideração como cidadãos do Estado³⁶.

Torna-se assim necessária a substituição do sujeito de direito abstrato, concebido pela dogmática clássica e pressuposto da noção tradicional de direitos fundamentais, por uma concepção intersubjetiva, em que a identidade do indivíduo está envolvida com identidades coletivas³⁷.

Ao trazer e interligar no mesmo âmbito os direitos fundamentais e a soberania popular, o modelo crítico habermasiano assume uma perspectiva emancipatória independente de qualquer padrão substantivo de sociedade justa ou virtuosa, comprometido com a investigação das

³³ CITTADINO, op. cit., p. 5-6.

³⁴ Idem, ibidem, p. 2, nota 4.

³⁵ HABERMAS, op. cit., 2003. p. 155.

³⁶ Idem, ibidem.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, 3. ed. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2007. p. 310.

condições comunicativas necessárias para que os próprios envolvidos possam decidir acerca de sua vida mediante processos de entendimento livres de coerções³⁸. Assim, o sistema político constituído pelo Estado de Direito deixa de girar em torno de si mesmo, restando dependente de uma *cultura política libertária* e de uma *população acostumada à liberdade*³⁹.

Nesse sentido, segundo sua concepção de *patriotismo constitucional* (“alojamento *constitucional-patriótico* do processo democrático”⁴⁰), os compromissos morais com normas universalmente válidas (os direitos fundamentais) podem ser vinculados aos compromissos éticos de culturas políticas particulares⁴¹. Nessa perspectiva, a *Teoria da Ação Comunicativa* é essencialmente proceduralista, eis que confia em uma práxis comunicativa constante realizada por sujeitos histórica e socialmente determinados como condição de emancipação social. Seus resultados, no entanto, sempre serão falíveis e modificáveis, e obtidos pelo livre convencimento.

Os Direitos Fundamentais assumem desse modo a função de viabilizar a comunicação política entre indivíduos ou grupos diferentes, dada sua aceitabilidade universal (racionalmente aceitáveis), o que confere à Constituição um caráter essencialmente procedural apto a estabelecer o consenso inicial necessário para que haja o uso público da razão em uma práxis comunicativa constante tendente à inclusão e emancipação dos grupos socialmente marginalizados. A Constituição, portanto, livre do paradoxo aparente entre democracia e Estado de Direito, passa a ser entendida em um sentido dinâmico como “projeto que pereniza o ato fundador constituinte no interior do processo evolutivo das gerações seguintes”⁴².

3 A CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL (CCAF) COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE UMA SOCIEDADE PLURAL

Partindo das idéias apresentadas, é possível perceber a incompatibilidade do sistema de justiça tradicional com a *práxis comunicativa constante* proposta por Habermas. Em pólos opostos, as

³⁸ SILVA, Felipe Gonçalves. *Emancipação, esfera pública e direito: a teoria crítica de Jürgen Habermas*. Mente, cérebro & filosofia. São Paulo, n. 8, 2008. p. 6-15.

³⁹ HABERMAS, op. cit., 2007. p. 311.

⁴⁰ Idem, ibidem, p. 312.

⁴¹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. 9.

⁴² HABERMAS, op. cit., 2003.. p. 156.

partes, num litígio judicial, estão longe de assumirem uma posição colaborativa entre si, com o propósito de chegar-se a uma solução acordada. A decisão, aliás, embora tomada a partir dos elementos trazidos por elas a juízo, não será tomada pelas partes, mas sim por um terceiro, que, por ser imparcial, não vivencia os conflitos postos a seu talante e nem vivenciará as consequências de sua decisão. Em um paralelo, o modelo judiciário tradicional aproxima-se mais da idéia platônica de um bem preexistente a ser revelado pelo juiz do que da concepção proceduralista livre de coerções de Habermas, na qual as próprias partes chegam a solução para seu conflito⁴³.

Nessa perspectiva, Ingeborg Maus analisa, com base na jurisprudência constitucional alemã, a expansão do controle normativo protagonizada pelo Poder Judiciário à luz do conceito psicanalítico de imagem paterna, considerando-o como um obstáculo a uma política constitucional libertadora, por representar uma fuga da complexidade por parte da sociedade: “A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser

43 Essa idéia é de fácil percepção no âmbito do Direito Penal clássico ou punitivo. Ao focar todo o seu aparato estrutural e ideológico na idéia do castigo, ainda que racionalizado mediante uma rígida disciplina jurídica, longe de proporcionar a discussão das práticas sociais que levaram ao conflito e a composição dos traumas e danos, exclui os envolvidos de uma participação ativa na sua resolução, transformando-o em uma relação princípio / súdito, na qual cumpre a este uma posição passiva de mera defesa face à ameaça de punição estatal. Assim, toda a complexidade das relações sociais é posta à sombra com o direcionamento dos holofotes para o indivíduo delinquente e autônomo, concreção do correspondente sujeito abstrato da dogmática clássica, sobre o qual deve recair o castigo estatal.

De outra parte, a posição da vítima também não se diferencia muito, com a importante ressalva que não se encontra sujeita à inflação de uma pena. Todavia, sua participação no processo penal equivale à de uma simples testemunha e seus interesses passam a um segundo plano, em nome de uma pretensa defesa estatal de todo o grupo social através da responsabilização penal do ofensor. A própria comunidade envolvida não exerce um papel ativo na resolução do conflito, possuindo um papel igualmente passivo ante o funcionamento das agências repressoras estatais. O crime, ou melhor, o complexo fenômeno social subjacente a essa designação, é tratado em termos simbólicos e jurídicos estranhos às pessoas envolvidas. Mais que isso, segundo Howard Zehr, “o processo é mistificado, mitificado, até tornar-se algo maior e muito distante da vida. Ao longo de todo o processo, todos nós nos tornamos mais temerosos” (ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 58).

Assim, a consideração do infrator como inimigo que deve ser excluído solapa o senso de comunidade, considerando de pouca conta valores fundamentais ao real convívio comunitário, como a manutenção das relações sociais, a importância da conciliação e da reparação e o valor do perdão. Intensifica ainda a alienação político-social, formando uma população servil e medrosa – impedindo uma práxis comunicativa que seja constante e realizada pelos próprios sujeitos – e promovendo uma concepção substantiva e abstrata de bem que se busca eternamente alcançar por meio do modelo punitivo.

encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da ‘consciência’ social na Justiça”⁴⁴.

Por sua vez, o modelo conciliatório adotado pela CCAF, ao buscar uma solução acordada pelos próprios atores, e não imposta por um terceiro imparcial, aproxima-se da concepção habermasiana de justiça como uma prática comunicativa emancipatória e inclusiva na qual os próprios envolvidos alcançam o entendimento em processos livres de coerções. Nesse sentido, é emblemático, quanto ao que já foi alcançado e às suas possibilidades, o depoimento do seu Diretor, Procurador Federal Dr. Orlando Muniz:

A Advocacia Geral da União, ao consolidar no seu meio essa ferramenta arrojada de negociação, demonstrou que – antes de qualquer conceito fabricado de natureza monolítica – a iniciativa teve e tem por razão de origem possibilitar que organismos públicos envolvidos em querelas intermináveis façam a opção pela eficácia dos resultados por meio de ações que lhes possibilitem ganhos e melhorias. Esse paradigma é a convicção mais determinante que existem caminhos alternativos que devem ser buscados em favor da eficiência desprezando as questiúnculas corporativas. Esse olhar institucional por vezes é quase imperceptível se vislumbrado no contexto das ações executivas que se desenvolvem nas rotinas de cada segmento institucional. Mas é fato que as reiteradas convergências em favor da economicidade e da racionalidade – produzidas nos inúmeros acordos celebrados na CCAF – se materializam em possibilidades animadoras em favor de uma ferramenta tão eficaz.

É notório o progresso de validação de conceitos e das rotinas implantadas na Câmara de Conciliação. É animador perceber que as restrições tão comuns aos que ainda não conjugam com desenvoltura os verbos da conciliação, vão sendo diluídas com o passar dos dias, substituindo as desconfianças por apostas cada vez mais consistentes na autocomposição. O conhecimento prático e cognitivo dos conceitos e dos aplicativos vai sendo impregnado nas rodadas diárias das negociações quebrando a resistência e dando lugar à confiança. Os resultados virão por derivação como mera consequência da implantação das novas práticas de conceito e de forma.

⁴⁴ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade*: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos estudos – CEBRAP, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

Essa caminhada está apenas começando. O trabalho e o conhecimento deve ser reforçados como um mantra diário para fazer prevalecer a tese do acordo em antítese à disputa. Vivemos tempos de reflexão e materialização da forma, do conteúdo teórico e da prática no caminhar rumo à convalidação da CCAF e como tal devemos olhar todas as variáveis desse universo com parcimônia e serenidade. O momento é de reforçar os conceitos e angariar pensamentos e correntes que agreguem vontade e disposição para essa consolidação. Por outro lado, não devemos imaginar que essa iniciativa exitosa é produto de uma mera equação concebida e gerada em uma fórmula de resultante perfeita. Como se disse, a caminhada está apenas começando e a semente lançada precisa ser regada com boas doses de realidade e muito trabalho. A formação de conciliadores; a introdução de novos atores no processo e a massificação conceitual da negociação como alternativa viável, para viabilizar-se como opção ao estrangulamento do sistema processual como um todo, é parte do trabalho árduo que todos teremos pela frente, tanto dos crédulos como dos incrédulos, afinal somos todos produto dos acertos e dos erros; das dificuldades e das facilidades; da satisfação e das necessárias reflexões para as correções de rumo. Devemos acreditar que o somatório de nossos números somente será positivo à medida que tenhamos a certeza de que existirá sempre uma razão para os caminhos determinantes tomados pela direção da Advocacia-Geral da União. Conciliar deve ser uma causa de práticas institucionais que deve ser perseguida com serenidade, mas com obstinação. As resultantes da prática darão o toque de crédito para validação perene das iniciativas. A interface cotidiana com as iniciativas exitosas em construção no Poder Judiciário nos aproximará cada vez mais de atores de um mundo cada vez mais atento ao que é produzido em favor do cidadão.

A Câmara de Conciliação deverá ser, portanto, um elo entre a vontade dos que buscam o acordo antes de qualquer disputa e o futuro da institucionalização das boas práticas de composição, que virá muito mais célere do que se imagina. Essa atitude é na prática uma inovação conceitual que dará forças para seguirmos rompendo as fronteiras afigura-se que olhar para o futuro é uma aposta bem clara do presente.”

O fato de cuidar-se de um espaço para conciliação eminentemente estatal-administrativo, por sua vez, não afasta ou diminui a importância da aplicabilidade da práxis comunicativa constante e do *patriotismo*

constitucional de Harbemas no âmbito da CCAF. Ao contrário, dota-
os de uma relevância ainda maior. É que, nesse caso, seus atores são
diretamente responsáveis pela elaboração e execução de políticas públicas
destinadas a significativas parcelas da população, o que enseja uma
necessidade ainda maior de serem moralmente compromissados com
normas universalmente válidas (os direitos fundamentais), de modo que
a práxis comunicativa constante resulte no empoderamento além partes,
com a inclusão e emancipação de grupos socialmente marginalizados.

Conceitos e práticas restaurativas podem ser incorporados ao
procedimento da CCAF. Nesse passo, o diálogo livre é fundamental,
conferindo às partes envolvidas no conflito o protagonismo para buscar
a solução que lhes pareça mais justa, observados, no caso, os limites
do direito público e, em particular, do direito administrativo. Nesse
contexto, o papel do facilitador é garantir as condições para que esse
protagonismo dos envolvidos ocorra, procurando evitar a dominação de
uns sobre outros, com a observância da dignidade de todos. Na prática
restaurativa, o facilitador nunca deve ter como objetivo a realização
do acordo a qualquer custo. Como destacado no depoimento acima,
a realização de uma etapa preparatória com cada uma das partes,
antecipando os pontos de divergência e convergência que surgirão no
encontro, permite que o procedimento flua com maior naturalidade,
dispensando maiores intervenções e descontinuidades no procedimento.

Nessa perspectiva, a CCAF alcançaria resultados ainda mais
expressivos se incorporasse no seu procedimento outros sujeitos –
quando em discussão a implementação de políticas públicas de amplo
espectro e relevância – da sociedade civil organizada, fortalecendo-se,
assim, como autêntico processo democrático de resolução de conflitos de
uma sociedade plural.

4 CONCLUSÃO

Embora concebida originariamente como instrumento de
resolução de conflitos mais simples e menos custoso do que a lide
judiciária, a CCAF possui potencial que ultrapassa sua feição meramente
desburocratizante. Na linha do modelo habermasiano de justiça, o
desenvolvimento de uma práxis comunicativa constante entre os órgãos
da Administração Pública, com a participação de outros sujeitos da
sociedade civil organizada, quando o caso demandar, dotará de maior
legitimidade democrática as decisões tomadas. Mais que isso, por serem
decisões acordadas, resultarão na execução mais eficiente das diversas
políticas públicas que incumbem aos órgãos de Estado.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança pública: o modelo da nova prevenção*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 8. ed. Bari: Laterza, 2004.
- LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. Tradução para fins acadêmicos realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechthistorisches Journal*. v. IX, 1990, p. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor).
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2007.
- _____. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Faticidade e Validade: Uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito*. Tradução provisória e não autorizada, exclusivamente para uso acadêmico, de Menelick de Carvalho Netto.
- HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, J. and SLAGSTAD, R. (eds.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade:o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos estudos – CEBRAP*, n. 58, nov. 2000.

PIRES, Álvaro P. La “línea Maginot” en el derecho penal: la protección contra el crime versus la protección contra el principio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 46, jan./fev. 2004.

PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Adriana Esteves. *O direito à vida digna*. Disponível em: <http://www.mail-archive.com/direitos_humanos@yahoogrupos.com.br/msg00627.html>. Acesso em: 03 ago. 2013.

PLATÃO, Crítion. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/criton.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

POCOCK, John G. *The Machiavellian Moment*. Princeton: Princeton University Press, 1975.

POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomos I e II. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

SKINNER, Quentin. Machiavelli's Discorsi and the pre-humanist origins of republican ideas. In BOCK, Gisela; SKINNER, Quentin; VIROLI, Maurizio. *Machiavelli and republicanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

SILVA, Felipe Gonçalves. *Emancipação, esfera pública e direito: a teoria crítica de Jürgen Habermas*. Mente, cérebro & filosofia. São Paulo, n. 8, 2008.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E A CELEUMA QUANTO À DIVULGAÇÃO DA REMUNERAÇÃO E SUBSÍDIO DOS AGENTES PÚBLICOS

*THE ACCESS TO INFORMATION LAW AND THE CONTROVERSIES
ABOUT REMUNERATION'S DISCLOSURE OF PUBLIC AGENTS*

*Rodrigo Maia da Fonte
Advogado da União em exercício na Procuradoria Geral da União
Graduado em direito pela UFPE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os avanços conquistados com a Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação); 2 Mecanismos de divulgação das informações; 3 A “transparência ativa” e a celeuma quanto à divulgação da remuneração dos agentes públicos; 4 Conflito entre direitos fundamentais e a técnica de ponderação; 5 Legalidade do Decreto nº 7.724/2012; 6 A controvérsia sob o enfoque da jurisdição constitucional; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho apresenta uma análise das inovações operadas a partir do advento da Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação). Busca-se, sobretudo, avaliar a legalidade de se divulgar a remuneração e subsídios dos servidores públicos através da *internet*, independentemente do consentimento destes, prática disseminada após a vigência da referido diploma legal e que tem ensejado polêmicas no meio jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito. Direitos Fundamentais. Acesso à Informação. Princípio da Publicidade. Divulgação de Remuneração e Subsídio. Intimidade. Ponderação.

ABSTRACT: This article presents a review about the innovation resulted by Law nº 12.527/11 (Access to Information Law). It aims to evaluate the legality of online disclosing the remuneration of public agents, even without their consent. Due to the mentioned Law, controversies that need to be resolved.

KEYWORDS: Conflict. Fundamental Rights. Access to Information. Publicity. Remuneration's Disclosure. Intimacy. Weighting.

INTRODUÇÃO

Em 18 de novembro de 2011 foi aprovada a Lei nº 12.527, denominada de Lei de Acesso à Informação, com o nítido escopo de fortalecer o regime republicano e democrático existente no Brasil, bem como de conferir aos cidadãos um eficaz mecanismo de controle da gestão pública, tornando-a mais transparente.

O supracitado diploma legal dá concretude a uma série de normas constitucionais, notadamente aquelas previstas nos arts. 5º, inciso XXXIII (acesso à informação) e 37, *caput* (princípio da publicidade) e §3º, inciso II (direito de participação do usuário na Administração Pública).

E não é só. O advento da Lei de Acesso à Informação (LAI) prestigia também diversas convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19), a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão e a Convenção das Nações Unidas Contra Corrupção.

Nada obstante o indiscutível avanço operado pelo já mencionado diploma legal, a Lei nº 12.527/11 traz também em seu bojo uma série de aspectos polêmicos que enseja terreno fértil para diversas discussões jurídicas.

Como bem destacado na cartilha “Acesso à Informação Pública”, elaborada pela Controladoria Geral da União, há quem assegure que a cultura (do sigilo) disseminada no âmbito da Administração Pública¹ impediria a realização prática dos noveis ditames legais. Existe, outrossim, o receio de a demanda por informações sobrecarregar a máquina administrativa, vulnerando o princípio do interesse público. Aduz-se, ainda, que os dados fornecidos pelo Estado podem ser utilizados indevidamente por grupos de interesse.

Há também quem alegue que a aplicação da LAI tem o condão de vulnerar direitos fundamentais, sobretudo com a divulgação da remuneração e subsídio dos agentes públicos, já que isso violaria (em tese) o direito à intimidade dos administrados.

É em relação a esse último aspecto destacado no parágrafo anterior que se debruçará com maior intensidade o presente artigo, cujo desígnio é de aprofundar as reflexões relativas à legalidade (ou não) de se publicar, principalmente via internet, de modo individual, a remuneração e subsídio dos agentes públicos.

¹ Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/destaques/cartilha.asp>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

1 OS AVANÇOS CONQUISTADOS COM A LEI N° 12.527/11 (LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO)

Conforme já adiantado em linhas passadas, a Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação) afigura-se como salutar instrumento de efetivação de normas constitucionais, de sorte a garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal (art. 1º da referida lei), artigos que contém o seguinte texto legal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória

dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...]

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

O diploma legal traz inegáveis mudanças e avanços no direito pátrio, sobretudo quando assegura expressamente a “observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção” (art. 3º, I), contrariando a lógica que até então parecia imperar no âmbito da Administração Pública.

Com efeito, não há como se imiscuir em qualquer discussão subjacente à LAI sem antes abordar, com maior dedicação, os aspectos positivos imanentes à lei em foco, que, de boa lógica, devem ser enaltecidos.

Dito isso, ressalta-se que o primeiro direito tutelado em evidência é aquele previsto no art. 5º, inciso XXXIII, da CF (direito ao acesso à informação), o qual inclusive dá origem ao nome da LAI e que equivale à faculdade do indivíduo de ser mantido completa e adequadamente informado sobre os assuntos ligados às atividades do poder público².

A norma insculpida no aludido artigo constitucional é de grande importância, eis que guarda relação de interdependência lógica com o direito fundamental de participação dos indivíduos na formação da vontade do país³ (*status ativo* de Jellinek), sendo, pois, essencial ao ideal democrático impregnado na Constituição.

Isso porque, conforme doutrina Edis Milaré, “os cidadãos com acesso à informação têm melhores condições de atuar sobre a sociedade, de articular mais eficazmente desejos e ideais de tomar parte ativa nas decisões que lhe interessam diretamente.”⁴

Com efeito, por dar efetividade ao direito subjetivo de ser informado, a Lei de Acesso à Informação prestigia os fundamentos da República brasileira estampados no art. 1º da Constituição Federal, notadamente aqueles consagrados através dos princípios “republicano” e do “Estado Democrático de Direito” (*caput* do dispositivo) e do “princípio

² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saravá, 2012.

⁴ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

da cidadania”, previsto no inciso II do referido artigo, pois “credencia os cidadãos a exercer prerrogativas constitucionais, tais como propor ações populares (CF, art. 5º, LXXIII), participar do processo de iniciativa de leis complementares e de leis ordinárias (CF, art. 61, caput). Também faculta o cidadão a participar da vida democrática brasileira (*status activae civitatis*)”⁵.

Nesse passo, é lícito concluir que a evolução democrática de dada sociedade está intimamente relacionada com o acesso dos cidadãos a informações relevantes, máxime aquelas que são geridas pela Administração Pública, de sorte que esta última, quanto mais transparente, mais favorece a participação e controle dos administrados, o que propicia, então, seu próprio aprimoramento, ensejando, pois, um ciclo virtuoso.

Ademais, a Lei nº 12.527/11 expressa, ainda, um dever ao qual está sujeito o poder público, que, norteado pelo caput do art. 37 da Constituição, há de obedecer aos postulados da publicidade e da moralidade.

Primeiro porque, no que concerne ao princípio da publicidade, “não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”⁶.

Segundo porquanto a publicidade retratada na lei em exame visa a garantir que a Administração Pública siga os cânones da lealdade e da boa-fé, veiculados no princípio da moralidade, eis que permite que o estado proceda com mais sinceridade e transparência para com o administrado, evitando comportamentos que confundam, dificultem ou minimizem o exercício de direitos por parte dos cidadãos, justamente a medida de um comportamento ético do poder público.

Com tudo isso, é possível perceber que não se demanda muito esforço interpretativo para se inferir os inegáveis aspectos positivos do diploma legal em foco, editados no afã de tornar mais fácil o acesso do cidadão às informações geridas pela Administração Pública, tornando-a indiscutivelmente mais transparente e democrática.

2 MECANISMOS DE DIVULGAÇÃO DAS INFORMAÇÕES

A Lei nº 12.527/11 regulamentou duas formas básicas de efetivação da transparência por ela buscada, sendo elas: (a) a denominada “transparência ativa” e; (b) a “transparência passiva”.

⁵ BULOS, Uadi Lamego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

Pela primeira, a Administração Pública divulga informações à sociedade de forma espontânea, sem que seja necessário que o cidadão provoque qualquer procedimento administrativo (independe de solicitação).

A divulgação pode ser realizada por todos os instrumentos legítimos disponíveis, e, de acordo com o art. 8º, §2º, da aludida lei, deverá (necessariamente) ocorrer por meio dos sítios oficiais da rede mundiais de computadores (*internet*).

A propósito, o dispositivo legal mencionado no parágrafo anterior é o principal exemplo de “transparência ativa”, restando estabelecido em seu *caput* que “é dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas”.

A “transparência passiva”, por sua vez, ocorre quando a Administração Pública é provocada pelos administrados que formalizam pedidos de acesso a determinadas informações geridas pelo estado. Nesses casos, o procedimento é regido pelo Capítulo III da Lei nº 12.527/11, que estabelece o prazo para resposta ao pedido de acesso (a resposta deve ser dada imediatamente, se estiver disponível, ou em até 20 dias, prorrogáveis por mais 10 dias - art. 11), bem como os recursos que poderão ser interpostos das decisões prolatadas no bojo dos pedidos formulados (arts. 15 a 17).

Em função da relação com o tema em exame, será dado destaque ao primeiro mecanismo de transparência ressaltado.

3 A “TRANSPARÊNCIA ATIVA” E A CELEUMA QUANTO À DIVULGAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Conforme previsto no tópico anterior, a Lei de Acesso à Informação impõe à Administração Pública o dever de manter a “transparência ativa”, promovendo, independente de requerimento, a divulgação de informações de interesse coletivo ou geral por ela produzidas ou custodiadas (art. 8º).

De sorte a regulamentar a lei em espécie, inclusive os mecanismos de execução da “transparência ativa”, a Presidenta da República, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, *caput*, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição, editou o Decreto nº 7.724/2012, que, em seu art. 7º, estabelece:

Art. 7º - É dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações

de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 12.527, de 2011.

§ 1º Os órgãos e entidades deverão implementar em seus sítios na Internet seção específica para a divulgação das informações de que trata o caput.

§ 2º Serão disponibilizados nos sítios na Internet dos órgãos e entidades, conforme padrão estabelecido pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República:

[...]

VI - remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

[...]

A partir da edição do Decreto regulamentar, restou evidente o dever dos órgãos da Administração de publicar, de modo espontâneo, através da internet, a remuneração e/ou subsídios dos agentes que integrassem os seus quadros, fato que gerou uma cizânia no âmbito jurídico.

Alguns servidores públicos e parte da doutrina passaram a entender que a publicação da remuneração e/ou subsídio violava expressamente: a) o direito à intimidade e privacidade dos agentes da Administração (art. 5º, X, da CF); b) o princípio da razoabilidade; e c) o princípio da legalidade, por entender que o Decreto nº 7.724/2012 havia criado uma norma autônoma e primária, contrariando inclusive o que a própria lei regulada dispunha.

Invocando principalmente o direito à intimidade e à vida privada, agentes públicos, muitas vezes substituídos pelas respectivas associações representativas, promoveram ações judiciais visando a impedir a publicação das suas remunerações e/ou subsídios. Aduziam os servidores que a exposição dos valores por ele percebidos poderia colocar em xeque a segurança deles e de suas famílias.

Com esse em tal fundamentação jurídica, os administrados obtiveram êxito em instâncias ordinárias.

A judicialização da questão intensificou os debates jurídicos acerca da temática em exame, ampliando a necessidade de maiores considerações sobre o tema.

4 CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO

A despeito das respeitáveis opiniões daqueles que sustentam a ilegalidade da divulgação da remuneração e/ou subsídio dos agentes públicos, tal prática não parece esvaziar qualquer direito fundamental dos servidores.

Ora, é consabido que a Constituição Federal de 1988 pretendeu ser bastante compromissória e garantista, estabelecendo um espectro muito diversificado de direitos fundamentais conferidos aos sujeitos de direito, cuja característica marcante passou a ser o pluralismo axiológico.

Também se sabe que, de modo a preservar a convivência harmônica entre tais direitos, o constituinte consagrou-os muitas vezes através de princípios jurídicos. Isso porque ao contrário das regras, que, por serem mandamentos prescritivos (disjuntivo), devem ser aplicados na medida exata das suas prescrições (“tudo ou nada”), os princípios são mandamentos de otimização, de sorte que podem conviver de forma harmônica, já que aplicáveis na máxima medida possível (e não exata medida).

Ocorre, porém, que a maior abstrativização dos princípios enseja também uma dificuldade de delimitar a exata abrangência da norma por eles veiculadas, pelo que muitas vezes, diante de situações específicas, a “zona cinzenta” existente entre os postulados pode ocasionar um conflito aparente entre os direitos fundamentais neles retratados, atraindo a necessidade de solucionar tal embaraço.

Nesse passo, conforme ensinamento de Daniel Sarmento e de Cláudio Pereira de Souza Neto⁷:

A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes — constante em constituições compromissórias, marcadas pelo pluralismo axiológico — deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação.

[...]

⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Quase todo o debate sobre a ponderação concentra-se na sua realização pelo juiz. Porém, não é apenas o Poder Judiciário que realiza ponderações entre interesses constitucionais contrapostos. O Legislativo e a Administração Pública também o fazem, e até mesmo particulares, quando têm de resolver, no âmbito das suas atividades, colisões entre normas constitucionais. Aliás, numa democracia, quem tem a primazia na ponderação é o legislador que, ao regulamentar as mais diferentes matérias, deve levar em consideração as exigências decorrentes de normas e valores constitucionais por vezes conflitantes.

No caso da divulgação de remuneração e/ou subsídios dos agentes públicos, resta clara a existência do conflito aparente entre o direito de acesso à informação e seus corolários (princípios republicano e democrático, cidadania e postulados da publicidade e moralidade) e o direito à intimidade.

Dito isso, é de se observar que houve por bem o legislador ponderar os interesses em conflito e deixar assente a “observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção” (art. 3º, I, da LAI), assegurando, ainda, que “regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal” (art. 31, §5º, da LAI).

O dito regulamento (Decreto nº 7.724/2012), atendendo à regra espelhada na lei regulamentada (“publicidade como preceito geral”), entendeu ser salutar ao interesse público, e ao espírito da LAI, a divulgação da remuneração e subsídio dos agentes públicos (art. 7º, §2º, VI).

Como se vê, tanto o legislador quanto o executor (e regulamentador) da norma em tela consideravam a possibilidade de conflito entre os já mencionados direitos fundamentais (direito ao acesso e de intimidade), e, através da técnica de ponderação, prestigiaram, em tal caso, o primeiro, sem esvaziá-lo por completo o segundo.

E o fizeram de modo lícito.

Com efeito, exsurgindo a necessidade de aplicação da técnica de ponderação, o principal critério a ser empregado para a sua realização é o princípio proporcionalidade, com os seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Assim, verifica-se, primeiramente, se a aventada restrição ao bem jurídico tutelado por uma das normas constitucionais em conflito ao menos contribui para a promoção daquele protegido pela norma contraposta (subprincípio da adequação). Se a resposta for negativa, isto basta para que se conclua no sentido da inconstitucionalidade desta medida restritiva. Se ela for afirmativa, prossegue a avaliação, analisando-se se existia ou não alguma medida alternativa mais suave,

que promovesse, da mesma forma, o interesse subjacente à norma constitucional contrária, sem restringir com tamanha intensidade o bem jurídico atingido (subprincípio da necessidade). Sendo a resposta positiva, conclui-se no sentido da invalidade da medida. Caso contrário, passa-se ao exame da relação entre as vantagens e ônus da medida, sob o ângulo constitucional (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito). Em outras palavras, analisa-se se a restrição ao interesse constitucionalmente protegido por uma norma constitucional é ou não compensada pela promoção do interesse antagônico⁸.

Em relação à controvérsia em apreço, parece claro que a (suposta) restrição ao bem jurídico tutelado por uma das normas constitucionais em conflito (direito à intimidade) contribui para a promoção daquele protegido pela norma contraposta (direito de acesso à informação e todos os seus corolários já mencionados), atendendo, pois, ao subprincípio da adequação.

É lícito concluir, também, inexistir medida alternativa mais suave, que promova, com a mesma amplitude, o interesse subjacente à ampla transparência colimada pela LAI, em atenção ao direito fundamental cristalizado no art. 5º, XXXIII, da CF, sem restringir (brandamente, saliente-se) o bem jurídico atingido (intimidade), preservando-se, então, o subprincípio da necessidade.

Por fim, tem-se que vantagens da medida, sob o ângulo constitucional, supera o ônus por ela acarretado (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito). É que a medida, como já asseverado, dentre outros pontos positivos, efetiva o princípio republicano, cujo principal axioma cinge-se em afastar privilégios, promover a moralidade pública e viabilizar o controle da cidadania sobre a ação dos governantes. Sendo assim, o “ônus” da exposição da remuneração e subsídio percebidos pelos agentes públicos certamente justifica o “bônus” ínsito à medida em comento.

Em verdade, a restrição total ao direito dos cidadãos de ter acesso à remuneração e/ou subsídio individual dos servidores (que, com isso, pode controlar o gasto público e a legalidade de cada pagamento), sob o fundamento de “preservar” a intimidade do agente público, afigurar-se-ia como medida muito mais gravosa (desproporcional) do que a própria divulgação oficial, que tutela o interesse público.

Note-se, então, que o direito à intimidade, nesse caso, é no máximo “arranhado”, sendo, pois, medida adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito) à concretização do direito amplo ao acesso à informação

⁸ SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit.

e dos seus corolários (princípios republicano e democrático, cidadania e postulados da publicidade e moralidade).

Registre-se que “a vida em comunidade, com suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade. É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo”⁹, justamente a situação em foco.

Há de ser destacado, outrossim, que a divulgação do pagamento de valores públicos afigura-se como uma restrição mínima àqueles que se submeteram a servir ao Estado através de um vínculo jurídico que pressupõe a existência do máximo de transparência possível. Nada mais legítimo que aquele que é remunerado pelo Poder Público e, consequentemente, por toda a sociedade, permita que os integrantes desta conheçam e controlem os valores despendidos para tal mister.

Consoante argumenta Bresser-Pereira, “o Estado republicano é um sistema de governo que conta com cidadãos engajados que participam do governo juntamente com políticos e servidores públicos”¹⁰, ficando assente que os agentes públicos também são responsáveis pelo aprimoramento do Estado Republicano e Democrático de Direito.

Ademais, é preciso lembrar que a “exposição” dos valores percebidos pelos servidores não chega nem de longe a ameaçar a segurança do Estado ou da sociedade, pelo que não se enquadra nos casos de exceção previstas no art. 5º, XXXIII, da CF, cuja norma restou efetivada através da LAI e do seu Decreto regulamentador.

Enfim, é possível afirmar que todos os efeitos positivos inerentes à Lei nº 12.527/11 já anotados anteriormente apequenam o interesse de coibir a divulgação da remuneração e subsídios dos agentes públicos sob o pálio da “proteção da intimidade”.

5 LEGALIDADE DO DECRETO Nº 7.724/2012

Há de ser registrado ainda, que o Decreto nº 7.724/2012 não incorre em vício de legalidade.

Avulta notar ser conhecido que os atos normativos derivados (caso do Decreto) têm o efeito de complementar a lei (ato normativo originário e autônomo), “para sua fiel execução”.

Apesar de não poderem inovar na ordem jurídica (sob pena de afrontar o comando do art. 5º, II, da CF/88), os decretos dessa natureza

⁹ MENDES; BRANCO, op. cit.

¹⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado Republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

devem complementar a legislação, preocupando-se em não alterá-la, mas em torná-la exequível.

Quanto aos decretos regulamentares, José dos Santos Carvalho Filho assevera que¹¹:

É legítima a fixação de obrigações subsidiárias (ou derivadas) – diversas das obrigações primárias (ou originárias) contidas na lei – nas quais também se encontra certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações a sua necessária adequação às obrigações legais. [...] O que é vedado e claramente ilegal é a exigência de obrigações impertinentes ou desnecessárias em relação à própria obrigação legal.

Sendo assim, observa-se que, no caso, a norma editada pelo supramencionado decreto agiu *secundum legem*, “criando” uma obrigação necessária à manutenção do próprio sistema de “publicidade como preceito geral”, sem contrariar em nenhum momento a legislação regulamentada.

O Decreto cumpre, pois, a sua própria finalidade, dando fiel execução aos fins colimados pela Lei nº 12.527/11, a justificar a sua legalidade.

6 A CONTROVÉRSIA SOB O ENFOQUE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Cuidando-se de aparente conflito entre normas de *status* constitucional, não tardou para que o estorvo chegasse ao crivo do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário que se incumbe de decidir em último grau de jurisdição as matérias deste jaez.

Sob o mote da proteção da intimidade e segurança dos servidores públicos, as associações representativas dos interesses destes promoveram ações judiciais com o objetivo de impedir a divulgação da remuneração e subsídio dos agentes substituídos, obtendo êxito nas instâncias originárias.

Provocada, a Augusta Corte concluiu pela constitucionalidade da divulgação, através da *internet*, da remuneração e subsídios individualizados dos agentes públicos, reconhecendo a importância do espírito imbuído na Lei de Acesso à Informação, sobretudo o afã de concretizar o direito fundamental previsto no art. 5º, XXXIII, da CF, e todos os seus corolários já mencionados nos tópicos pretéritos.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Lumen Júris, 2009.

Em função da importância dos julgados do STF sobre o tema, é imperioso transcrever a didática ementa de um desses excertos, que deixa clara a posição da Suprema Corte a respeito da celeuma em espécie, nos seguintes termos:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1^a parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.

2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano.

3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.

4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.

5. Agravos Regimentais desprovidos. (SS nº 3.902-AgR, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe 03/10/2011)

A despeito de a ementa supracitada ter sido proferida no bojo de incidente de “suspensão de segurança” - em que o aspecto político da decisão nele proferida sobreleva o judicial -, a motivação jurídica dela extraída permite inferir claramente que o Pretório Excelso se utilizou da técnica de ponderação, concluindo que o interesse subjacente ao direito de acesso à informação e seus consectários (princípios republicano e democrático, cidadania e postulados da publicidade) prevaleceria diante do conflito aparente com o direito à intimidade.

7 CONCLUSÃO

Conforme observado a partir do presente trabalho, a vigência da Lei de Acesso à Informação afigura-se como um importante passo para o recrudescimento dos princípios republicano, democrático e da cidadania no Brasil.

O diploma legal, ao assumir que a regra é a transparência, sendo o sigilo a exceção, além de dar concretude ao postulado da publicidade, ao qual deve se curvar a Administração Pública, subverte a lógica que antes parecia prevalecer na cultura da gestão administrativa.

A medida é salutar, sendo um importante mecanismo de desmistificar a concepção do poder público “obscuro” ou “inimigo” dos cidadãos, de sorte a estimular estes últimos a melhor se informar sobre a condução dos interesses coletivos e participarem de forma mais ativa para a concretização de tais interesses.

Dentre os instrumentos preconizados pela LAI para ensejar a transparência por ela buscada, a divulgação espontânea de dados de interesse público, tais como remuneração e subsídio dos servidores, apresenta-se como medida digna de aplausos, acolhida pelo manto da legalidade.

A despeito de (supostamente) conflitar com o direito à intimidade dos servidores públicos - sendo, por esta razão, fonte de muita polêmica -, a técnica de ponderação e aplicação do princípio da proporcionalidade demonstram que as vantagens da medida, sob o ângulo constitucional, supera o ônus por ela acarretado, conforme fundamentado nas linhas pretéritas, pelo que plenamente legítima.

REFERÊNCIAS

- BULOS, Uadi Lamego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Construindo o Estado Republicano: democracia e reforma da gestão pública. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Lumen Júris, 2009.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saravia, 2012.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ESFERA JUDICIAL E O PODER PÚBLICO: ANÁLISE DO ARTIGO 4º DA LEI Nº 9.469/97 À LUZ DA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS NO STF E NO STJ

CONSENSUAL MEANS OF CONFLICT RESOLUTION IN JUDICIAL SPHERE AND PUBLIC POWER: ANALYSIS OF ARTICLE FOURTH OF FEDERAL LAW 9.469/97 IN THE LIGHT OF REPETITIVE APPEALS' SYSTEMATIC AT STF AND STJ

Rodrigo Mendes de Sá
Advogado da União¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 A crise do Poder Judiciário, o acesso à justiça e a necessidade de um tratamento adequado dos conflitos; 2 Os meios alternativos (adequados) de solução de controvérsias e os entes públicos; 2.1 Os meios alternativos de solução de controvérsias; 2.2 Os meios consensuais de solução de litígios e os entes públicos; 3. A transação judicial no âmbito da Administração Pública Federal; 3.1 Disposições normativas: a Lei nº 9.469/97 e a

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)

regulamentação por atos normativos da AGU; 3.2 O art. 4º da Lei nº 9.469/97 e a sua correta interpretação em face da sistemática dos recursos repetitivos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo busca estudar os meios consensuais de composição de conflitos no âmbito judicial, com ênfase no papel dos entes públicos neste processo. O foco específico do trabalho recairá sobre o art. 4º da Lei nº 9.469/97, que dá ao Advogado-Geral da União, na ausência de súmula administrativa da Advocacia-Geral da União, a faculdade de desistir de propor ações e não interpor recursos caso haja jurisprudência reiterada, iterativa, do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais Superiores. O dispositivo será analisado em face da sistemática dos recursos repetitivos, uma inovação recente que consagra a tendência de racionalização e uniformização de teses jurídicas no âmbito da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Transação. Conciliação. Poder Público. Interesse Público. Recursos Repetitivos.

ABSTRACT: This article aims to study consensual means of conflict resolution in judicial sphere, emphasizing public entities' role in this process. Specifically, the focus will be on article fourth of Federal Law 9.469/97, which allows the Federal General-Attorney, in the absence of administrative precedent from the General-Attorney Office, the faculty to waive the proposal of actions and appeals if there are repeated precedents from the Supreme Court or the Higher Courts. The legal disposition will be analyzed in the light of the systematic of repetitive appeals, a recent innovation that establishes the trend of rationalization and standardization of legal arguments in Supreme Court and Higher Courts.

KEYWORDS: Transaction. Conciliation. Public Power. Public Interest. Repetitive Appeals.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário lida, há algumas décadas, com uma série de problemas no exercício de sua função precípua, qual seja, a solução, de modo rápido e efetivo, dos conflitos de interesses com justiça. Em razão da elevada litigiosidade e da quantidade excessiva de demandas, a prestação jurisdicional mostra-se lenta e insatisfatória em face das necessidades dos cidadãos. Diante de tal quadro, foram realizadas, desde a década de 90, várias reformas processuais com o objetivo de tornar a resolução das lides judiciais mais célebre e eficaz. Entre as mais recentes, podem ser citadas a Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário) e as modificações no processo de execução, com as Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006.

Contudo, tais modificações, apesar de terem representado avanços, não são suficientes para uma solução completa da questão. Na verdade, atacam apenas uma parte do problema. Isto porque a maior parcela dessas inovações incide somente sobre o método tradicional de resolução de controvérsias, de natureza heterocompositiva e estatal, em que o juiz, como terceiro imparcial, soluciona, de modo impositivo, o conflito de interesses. Muitas vezes, esta pode não ser a melhor resposta para as partes, deixando-as ainda insatisfeitas, o que afeta a própria imagem do Poder Judiciário perante a sociedade.

Dante de tal quadro, torna-se fundamental a busca por meios que se revelem mais adequados a uma solução de conflitos capaz de satisfazer plenamente as partes envolvidas, reduzindo o nível de litigiosidade. Ou seja, deve-se buscar uma pacificação social efetiva. Neste contexto, surge a ideia de tratamento adequado dos conflitos, com foco especial nos métodos consensuais, como a conciliação, a transação e a mediação, por exemplo. A busca de uma saída construída pelos próprios envolvidos, de modo compartilhado, pode levar a resultados mais produtivos do que a decisão judicial imposta sem uma participação tão ativa das partes.

Tendo em vista os potenciais benefícios de uma solução negociada, vem ganhando espaço a ideia de que os entes públicos também podem e devem fazer parte de tal processo. Contudo, ainda há certa polêmica sobre o tema. Muitos questionam se a Fazenda Pública poderia transigir, dada a indisponibilidade do interesse público. Apesar deste debate, alguns entes federativos, especialmente a União, vêm adotando, com base em leis e outros atos infralegais, métodos alternativos para solucionar determinados litígios.

Na esfera federal, um dos principais marcos neste sentido é a Lei nº 9.469/97, que concretiza o disposto no art. 4º, VI, da Lei Complementar (LC)

nº 73/93 e possibilita ao Advogado-Geral da União e a outras autoridades da Administração Pública Federal desistir, transigir, fazer acordos e realizar compromissos nas ações de interesse da União. Além da Lei nº 9.469/97, a Advocacia-Geral da União (AGU) editou outros atos normativos internos, de modo a viabilizar a aplicação dos mandamentos legais.

Dentro das possibilidades de transação oferecidas por essas normas, o foco específico deste trabalho recairá sobre o art. 4º da Lei nº 9.469/97, cuja redação é a seguinte:

Art. 4º Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado-Geral da União *poderá dispensar* a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores. [grifo nosso]

Conforme se observa, o dispositivo em tela possibilita ao Advogado-Geral da União dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais, caso não haja Súmula da AGU, quando a controvérsia jurídica estiver sendo reiteradamente decidida em determinado sentido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ou pelos Tribunais Superiores. No entanto, considerando os mecanismos de uniformização das decisões judiciais, que buscam racionalizar a prestação jurisdicional, como as súmulas vinculantes, a repercussão geral e os recursos repetitivos, seria essa uma mera faculdade do Advogado-Geral da União ou um verdadeiro poder-dever? A decisão sobre a desistência de recursos ou a não propositura de ações ficaria sujeita a um juízo de conveniência e oportunidade sem qualquer ressalva? É algo condizente com a indisponibilidade do interesse público?

Tendo em vista os questionamentos acima, o objetivo principal do presente estudo consiste em determinar o verdadeiro alcance do art. 4º da Lei nº 9.469/97 num contexto de busca de racionalização da atividade jurisdicional. Para tanto, o foco específico recairá sobre a sistemática dos recursos repetitivos, tanto no âmbito do STF, com o recurso extraordinário sob o regime da repercussão geral, como no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o recurso especial. Assim, uma vez fixada determinada tese jurídica em um sentido, que fixa uma orientação (não vinculante) a todo o Judiciário, seria razoável que o Advogado-Geral da União tivesse ampla faculdade de decidir se desiste de interpor recursos inócuos ou de propor ações cujo resultado já é previsível?

Para alcançar o objetivo traçado, serão abordadas, num momento inicial, a crise do Poder Judiciário, a questão do acesso à justiça e a necessidade de um tratamento adequado dos conflitos como meio de garantir acesso a uma ordem jurídica justa, que assegure resultados satisfatórios às partes. Em seguida, serão elencados alguns dos meios alternativos de solução de controvérsias mais relevantes. Nesta parte, a ênfase recará sobre a possibilidade de um ente público transigir diante do conceito de indisponibilidade do interesse público. Por fim, será analisada a transação no âmbito da Administração Pública Federal, com destaque para o art. 4º da Lei nº 9.469/97 num contexto de crescente reforço dos mecanismos de uniformização de questões jurídicas pelo STF e pelo STJ.

1 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO, O ACESSO À JUSTIÇA E A NECESSIDADE DE UM TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS

O Poder Judiciário passa, há algum tempo, por uma crise, já que não consegue desempenhar de modo satisfatório sua função essencial, que consiste em dar uma resposta célere e eficaz aos conflitos submetidos à sua análise. Segundo Kazuo Watanabe, tal crise decorre, em grande parte, de transformações por que vem passando a sociedade brasileira, de elevada conflituosidade resultante de vários fatores, dentre os quais a economia de massa. Alguns desses conflitos são levados ao Judiciário por meio de ações coletivas, mas a maioria deles é judicializada de modo individual, gerando processos repetitivos e, por consequência, sobrecarga de trabalho.²

Dante de tal cenário, as instâncias judiciais ficam congestionadas e impossibilitadas de dar uma solução rápida e eficaz às demandas que as partes apresentam. Ademais, eleva-se o risco de decisões contraditórias, comprometendo a segurança jurídica e a racionalidade do sistema. Desse modo, os cidadãos acabam, na prática, privados da prestação jurisdicional, ou seja, não têm efetivo acesso à justiça.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ao desenvolver o conceito de acesso à justiça, estabeleceram duas finalidades básicas do sistema jurídico. A primeira consiste na ideia de que o sistema deve ser igualmente acessível a todos. Em segundo lugar, deve gerar resultados que sejam individual e socialmente justos.³ Com base nestas definições, pode-se afirmar que uma ordem jurídica justa e efetiva deve garantir, além do

² WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 3.

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

acesso formal a todos, uma resposta justa, satisfatória e eficaz, a fim de que se alcance uma real pacificação social.

Para alcançar tais objetivos, o processo tem que ser visto não como um fim em si mesmo, mas sim como uma ferramenta capaz de se adaptar às características da sociedade, garantindo a solução adequada dos conflitos levados ao conhecimento do Judiciário. É neste contexto que deve ser compreendida a ideia de instrumentalidade processual, ou seja, o processo deve servir como uma ferramenta apta a solucionar, de modo efetivo, o conflito acerca da relação de direito material. Sintetizando este entendimento, José Roberto dos Santos Bedaque defende a necessidade de se pensar o direito processual em função do direito material:

Ignorar a realidade jurídico-material impede a correta compreensão dos institutos processuais, muitos dos quais concebidos a partir de situações verificadas fora do processo. Constrói-se a técnica processual a partir de características da crise de direito material a ser solucionada pelo juiz. O modo de ser do método de trabalho destinado à solução das controvérsias é influenciado pela natureza da relação de direito material. Basta pensarmos em alguns institutos como ação, competência, litisconsórcio e coisa julgada, por exemplo. Todos eles são regulados e sofrem variações em função de aspectos da situação substancial.

À luz da natureza instrumental das normas processuais, conclui-se não terem elas um fim em si mesmas. Estão, pois, a serviço das regras substanciais, sendo essa a única razão de ser do direito processual. Se assim é, não se pode aceitar um sistema processual não sintonizado com seu objeto.⁴

Assim, o processo deve ser adaptável, maleável, em face das transformações ocorridas na realidade econômica, política e social, para que continue sendo um instrumento verdadeiro de pacificação e acesso à justiça. Neste sentido, Cappelletti e Garth desenvolveram a noção das ondas renovatórias como meio de assegurar um efetivo acesso à justiça. A primeira delas corresponde à assistência judiciária para os pobres. Já a segunda onda diz respeito aos interesses difusos, com ênfase na proteção ambiental e nas demandas relativas aos consumidores. Ou seja, trata-se da tutela dos interesses coletivos, das demandas de massa. E a terceira onda renovatória relaciona-se ao procedimento em si, com enfoque

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 25-26 (com adaptações).

no ataque às barreiras ao acesso à justiça de modo mais articulado e compreensivo.⁵

O presente artigo dará maior destaque à terceira onda renovatória, que concerne ao sistema em si. Buscam-se, nesta dimensão do movimento de acesso à justiça, instrumentos capazes de tornar efetivos os direitos alcançados por conta das duas primeiras ondas renovatórias. Tal objetivo pode ser alcançado mediante reformas dos procedimentos judiciais, que reduzam os custos e os obstáculos impostos pelo sistema existente, ou por meio de métodos alternativos para a solução dos conflitos, além da especialização de procedimentos de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto.

E, dentro desta terceira onda renovatória, o destaque irá para os métodos alternativos de resolução de controvérsias. Kazuo Watanabe ressalta a necessidade de que exista, por parte do Poder Judiciário, uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses que surgem na sociedade. De acordo com o autor, o mecanismo predominante de solução dos conflitos na justiça brasileira é o da “solução adjudicada”, que se dá mediante sentença do juiz e independe de consenso entre as partes. Isto gera a denominada “cultura da sentença”, que leva, como consequência, a um aumento dos recursos e das execuções, gerando sobrecarga e morosidade em todas as instâncias judiciais.⁶

Além dos problemas elencados acima, é importante lembrar que, muitas vezes, a solução veiculada pelo processo tradicional acaba não sendo satisfatória para os envolvidos, o que pode dificultar o seu próprio cumprimento. Por isso, reformas processuais, apesar de relevantes, não resolvem a totalidade do problema. Deve-se ir além e buscar identificar as deficiências, construindo mecanismos adequados para solucioná-las. É o que defendem Cappelletti e Garth ao abordar a terceira onda renovatória, que trata do combate articulado às barreiras existentes ao acesso à justiça:

É necessário, em suma, verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. O enfoque de acesso à Justiça pretende levar em conta todos esses fatores. Há um crescente reconhecimento da utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo atual.⁷

5 CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 31.

6 WATANABE, op. cit., p. 3-4. Neste sentido, o autor destaca a Resolução nº 125/2010 do CNJ como um marco na instituição da política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (*Ibid.*, p.7-8).

7 CAPPELLETTI, GARTH, op. cit., p. 73.

Desse modo, surge a demanda por métodos capazes de assegurar uma resposta jurisdicional mais rápida e eficaz. E é nesta conjuntura que fica evidente a necessidade da já mencionada política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, capaz de garantir o acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada, algo que, no Poder Judiciário, de acordo com Watanabe, é incumbência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).⁸

Tal política pública deve enfatizar a ideia de que as particularidades de cada processo têm que ser analisadas para que se opte pelo mecanismo de solução mais adequado. Em outras palavras, deve prevalecer a instrumentalidade processual, com ênfase na adaptabilidade dos procedimentos adotados. Trata-se do que André Gomma de Azevedo e Cyntia Cristina de Carvalho e Silva denominam “pluriprocessualismo”, conceito sintetizado no trecho abaixo:

Com o pluriprocessualismo, busca-se um ordenamento jurídico processual, no qual as características intrínsecas de cada processo são utilizadas para reduzirem-se as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputas, na medida em que se escolhe um processo que permita endereçar da melhor maneira possível a solução da disputa no caso concreto.⁹

Portanto, os procedimentos existentes devem ser amoldados às peculiaridades de cada caso concreto, buscando uma solução justa, célere e efetiva, satisfazendo, o máximo possível, todas as partes envolvidas. Uma experiência que traduz o espírito do pluriprocessualismo é o chamado Fórum de Múltiplas Portas (*Multidoor Courthouse*). Trata-se de modelo surgido nos Estados Unidos, com origem no século XIX (1848), mas que ganhou sistematização, impulso e notoriedade com o professor Frank Sander, já em 1976.¹⁰

O Fórum de Múltiplas Portas baseia-se na premissa de que o Poder Judiciário representa um centro de resolução de disputas, com processos diferentes, que possuem vantagens e desvantagens. Tais aspectos deverão ser considerados em função das características específicas de cada conflito.¹¹

⁸ WATANABE, op. cit., p. 5.

⁹ AZEVEDO, André Gomma de; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho e. Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos. In: *Revista do Advogado*, AASP, São Paulo, Ano XXVI, n. 87, p. 115-123, set. 2006. p. 117.

¹⁰ BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 250.

¹¹ AZEVEDO; SILVA, op. cit., p. 118.

No Fórum de Múltiplas Portas, em vez de haver uma única “porta” (processo judicial), que conduz à sala de audiência, existe um amplo sistema com vários tipos diferentes de processo que formam um “centro de justiça”, organizado pelo Estado, em que as partes são encaminhadas ao processo adequado a cada disputa. Em tal hipótese, os magistrados não exercem apenas a função jurisdicional, mas, sobretudo, a função gerencial, pois devem fiscalizar e acompanhar a efetiva realização dos objetivos almejados pelo ordenamento jurídico processual.¹² No Brasil, o espírito do Fórum de Múltiplas Portas encontrou eco em algumas cortes, como os Tribunais de Justiça da Bahia, do Distrito Federal e dos Territórios, do Rio de Janeiro, de Santa Catarina e do Paraná.¹³

Dentro da ideia de solução adequada dos conflitos levados ao Poder Judiciário, ganham cada vez mais importância os meios consensuais, autocompositivos, em que as partes ajudam, como protagonistas, a construir uma solução que seja satisfatória para todos. Em outras palavras, as partes não apenas levam o problema a um terceiro para resolvê-lo, mas também são determinantes para que se alcance a solução. Assim, busca-se uma resposta tempestiva, eficaz e que atenda plenamente às partes, alcançando uma efetiva pacificação social com justiça.

Em tal conjuntura, o papel dos entes estatais é decisivo para a concretização dessa política pública que visa a fornecer caminhos alternativos à prestação jurisdicional tradicional. A Administração Pública é a principal cliente do Poder Judiciário, sendo parte na grande maioria dos casos que ali tramitam. Por isso, é importante que haja um direcionamento dos meios consensuais à Fazenda Pública, em consonância com o interesse público. É o tema a ser discutido no próximo tópico.

2 OS MEIOS ALTERNATIVOS (ADEQUADOS) DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E OS ENTES PÚBLICOS

2.1 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Os meios alternativos representam uma relevante forma de materialização da ideia de tratamento adequado dos conflitos de interesses. Por meio de tais métodos, busca-se um procedimento que se adapte às particularidades de cada caso, otimizando, com isso, o

¹² Ibidem, p. 118.

¹³ SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 324-336.

grau de satisfação dos envolvidos. Além de obter uma resposta mais rápida e eficaz, há perspectiva de redução do grau de conflituosidade de determinados litígios em comparação com o processo jurisdicional clássico. Isto pode facilitar até mesmo o cumprimento espontâneo do que foi estabelecido, sem a necessidade de utilização de instrumentos coercitivos.

Entre os meios alternativos ao processo tradicional, existem os heterocompositivos e os autocompositivos. Os primeiros caracterizam-se pelo fato de que se reportam a uma forma de resolução do conflito decorrente da decisão impositiva de um terceiro, que vincula as partes.¹⁴ Como exemplo, é possível citar a arbitragem, em que as partes escolhem o árbitro que decidirá a controvérsia. Trata-se de uma modalidade de heterocomposição de caráter privado, distinta da jurisdição estatal, de natureza pública. A escolha do árbitro pode ser prévia ao conflito ou posterior ao seu surgimento.

Por sua vez, os meios autocompositivos caracterizam-se como formas de resolução do litígio por obra dos próprios envolvidos, sem intervenção impositiva de terceiro. Na autocomposição, não existe a figura de um terceiro com poder de decisão vinculante, sendo que a acomodação das pretensões das partes decorre de um ajuste voluntário entre elas. A autocomposição pode ser direta ou bipolar, quando as partes conseguem resolver os pontos de dissenso por si mesmas, sem qualquer interferência. É o que ocorre na negociação. Por sua vez, a autocomposição indireta ou triangular configura-se quando as partes são estimuladas por um terceiro, neutro ao conflito, a fim de compor a disputa. É a modalidade que caracteriza a mediação e a conciliação.¹⁵

No presente estudo, será dado maior destaque à conciliação, que consiste em método de composição de litígios mediante o qual um terceiro neutro e imparcial auxilia as partes a negociar entre si.¹⁶ Jefferson Carús Guedes apresenta o seguinte conceito de conciliação:

A conciliação é forma consensual de pôr fim ao conflito (material ou processual), por hipóteses ou espécies diversas, tais como a desistência, a renúncia, o reconhecimento do direito ou a transação, sem a necessidade da atuação definitiva da autoridade, por meio de sentença ou decisão administrativa. Pode a conciliação ser preventiva

¹⁴ AZEVEDO, André Gomma de. Perspectivas metodológicas do processo da mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 2. Brasília : Grupos de Pesquisa, 2003. p. 153.

¹⁵ Ibidem, p. 152-3.

¹⁶ BARBOSA, op. cit., p. 251.

(ou pré-processual) e sucessiva (ou endoprocessual), conforme o momento de sua realização, considerada como marco divisor a intervenção do terceiro que decide.¹⁷

Como se observa, esta última definição de conciliação revela-se mais ampla, englobando a desistência, a renúncia, o reconhecimento do direito e a transação. Além disso, pode ser anterior ou posterior à instauração do processo. A conciliação pré-processual, de natureza extrajudicial ou administrativa, tem como hipóteses a renúncia ao direito material, o reconhecimento do direito pela Administração, a transação administrativa e a desistência do pedido administrativo. Por sua vez, a conciliação judicial ou processual judicial alcança a renúncia à pretensão de direito material, o reconhecimento do pedido do autor, a transação e a desistência da ação.¹⁸

As modalidades elencadas acima apresentam a vantagem de possibilitar uma solução mais rápida e eficaz do litígio, além de gerar maior possibilidade de cumprimento do acordo e liberar os órgãos do Judiciário para o julgamento mais célere de outras causas.¹⁹ No entanto, questiona-se a viabilidade da celebração de acordos de tal natureza quando uma das partes envolvidas for o Poder Público. Isto porque um dos princípios norteadores do direito administrativo é o da indisponibilidade do interesse público. Estaria a conciliação em harmonia com o ordenamento jurídico? Os entes públicos podem transigir e celebrar acordos?

2.2 OS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS E OS ENTES PÚBLICOS

Um dos princípios norteadores do regime jurídico-administrativo é o da indisponibilidade do interesse público, caracterizado, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, pelo fato de que os interesses públicos, por pertencerem à coletividade, não estão à livre disposição de quem quer que seja, uma vez que são inapropriáveis. O autor em questão diz que os bens e interesses públicos não se encontram entregues à livre disposição da vontade do administrador. A este, na verdade, cabe apenas

¹⁷ GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: GUEDES, Jefferson Carús, SOUZA, Luciane 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, p. 245.

¹⁸ GUEDES, op.cit., p. 246-9.

¹⁹ VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. In: *Revista da PGFN*, ano I, n. 2, 2011, p. 144.

a obrigação de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. Somente a ordem legal dispõe sobre tal finalidade.²⁰

Numa primeira análise, este princípio veda ao administrador público transigir com particulares acerca da concretização dos interesses que se encontram sob a sua alçada. Não lhe é permitido, sem amparo legal, dispor do interesse público no sentido de realizar conciliações ou transações. Trata-se da visão mais tradicional acerca do tema. Segundo o entendimento doutrinário mencionado acima, é possível a transação ou a conciliação apenas se houver previsão legal, tal como ocorre, por exemplo, na LC nº 73/93 e na Lei nº 9.469/97.

Mas somente com autorização legislativa seria possível a transação no que se refere aos interesses públicos? Esta visão vem sofrendo mitigação por parcela da doutrina, que admite a utilização de meios consensuais quando se tratar de alternativa mais benéfica ao próprio interesse público, independentemente de previsão legal. Neste sentido, temos a opinião de Alexandre Santos de Aragão acerca do princípio em tela:

Também esse princípio vem passando por revisões doutrinárias que sugerem certa atenuação de seu conteúdo original. Sustenta-se que a abertura do Direito Administrativo a uma certa consensualidade não constitui propriamente uma disponibilidade do interesse público, pois a celebração de um acordo com o particular pode, em certos casos, melhor atender ao interesse público do que a mera e simples imposição unilateral.²¹

Esta passagem demonstra que existem hipóteses em que os meios consensuais podem ser mais benéficos ao interesse público do que a imposição unilateral pura e simples, ainda que não haja previsão legal específica. Na verdade, a adoção de soluções consensuadas sob tais circunstâncias acaba por confirmar a indisponibilidade do interesse público, pois a opção feita pelo administrador público foi aquela que atendia da melhor forma a este interesse.

Como se observa, o interesse público tratado aqui é o primário, da coletividade como um todo, que se contrapõe à ideia de interesse público secundário, correspondente aos interesses individuais, particulares do Estado, que nem sempre estarão em convergência com os da sociedade. A transação judicial, da forma como aqui exposta, não serve apenas a

²⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 73-4.

²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 85.

interesses estatais disponíveis, mas sobretudo ao alcance de finalidades ligadas a interesses indisponíveis, uma vez que leva a soluções mais benéficas ao conjunto da sociedade.

E é considerando a indisponibilidade do interesse público sob esta ótica que Luciane Moessa de Souza entende ser um dever examinar a possibilidade de transigir em todo litígio proposto contra o Poder Público. Para a autora, trata-se de decorrência de princípios constitucionais explícitos e implícitos, como a razoável duração do processo, a eficiência e a proporcionalidade. São diretrizes que impõem ao Estado uma atuação que seja menos onerosa ao erário e que acarrete o menor sacrifício possível aos interesses legítimos dos particulares.²²

Esta atenuação da noção clássica de indisponibilidade do interesse público, que, na verdade, corrobora a sua natureza indisponível, já foi consagrada por precedente do STF, nos termos descritos na ementa abaixo:

EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 253885, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796) – [grifo nosso]

Na verdade, o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido da possibilidade de utilização de meios consensuais de solução de conflitos independentemente de autorização legal rompe com a noção tradicional de legalidade estrita. Este princípio constitucional vem sendo objeto de uma releitura, de modo a ser entendido sob uma perspectiva mais abrangente. Isto significa que os atos estatais devem ser submetidos a um padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios vão

²² SOUZA, op.cit., p. 175.

além da lei estrita, alcançando o ordenamento jurídico como um todo, especialmente os princípios, objetivos e valores constitucionais. É o princípio da juridicidade.²³

Trata-se de uma visão mais substancial do princípio da legalidade, e não de sua superação. No caso da realização da transação sem previsão legal, por exemplo, ela se torna possível em função do princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*). Diante de tal hipótese, fica evidente que a busca do consenso, de modo criterioso e responsável, é alternativa mais benéfica ao interesse público do que o conflito prolongado. Além disso, tal entendimento atende ao princípio da proporcionalidade, uma vez que não seria razoável pretender que o interesse público não fosse plenamente atendido em razão de uma obediência cega e irrestrita à regra da legalidade.

No que se refere à impossibilidade de utilização de meios consensuais em virtude da existência do princípio da legalidade estrita como óbice intransponível à realização de acordos por entes públicos, Elon Kaleb Ribas Volpi estabelece o correto alcance deste princípio constitucional, reforçando a necessidade de que seja compreendido adequadamente:

Com efeito, o princípio da legalidade, em verdade, é uma garantia ao administrado contras os arbítrios do Estado e não pode ser usado pela Administração Pública como um escudo para que acordos não sejam celebrados (e recursos sejam apresentados), sob a alegação de que não há lei permitindo a transação.²⁴

Mesmo não havendo previsão legal, nada impede que a Administração Pública celebre acordos e transações, desde que tal alternativa demonstre maior sintonia com o interesse público do que a legalidade estrita.²⁵ Assim, nota-se que o conflito que há entre o interesse público e os meios consensuais é apenas aparente. Na verdade, a recusa à transação pode representar a verdadeira ofensa à indisponibilidade do interesse público, pois gerará maiores despesas ao erário, sobrecarregará o Judiciário e atingirá, de modo indevido, interesses legítimos dos particulares.

²³ ARAGÃO, op. cit., p. 57-8.

²⁴ VOLPI, op. cit., p. 157.

²⁵ A este respeito, Elon Kaleb Ribas Volpi sintetiza a interpretação mais adequada que se deve dar ao princípio da legalidade, inserindo-a na juridicidade: “Não há falar em conciliação fora da legalidade. Ela é a garantia da fiel observância do interesse público. Porém, o ordenamento jurídico é um sistema e, como tal, comporta interpretações que conduzam a Administração Pública à conciliação.” (Ibidem, p. 160)

3 A TRANSAÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

3.1 DISPOSIÇÕES NORMATIVAS: A LEI Nº 9.469/97 E A REGULAMENTAÇÃO POR ATOS NORMATIVOS DA AGU

A possibilidade de celebração de acordos e transações com a finalidade de encerrar litígios tem previsão legal expressa no que se refere à Administração Pública Federal. Num primeiro momento, o art. 4º, VI, da LC nº 73/93 estabelece como atribuição do Advogado-Geral da União a possibilidade de desistir, transigir, fazer acordo e firmar compromisso nas ações de interesse da União, a fim de reduzir a litigiosidade.²⁶ Posteriormente, foi editada a Lei nº 9.469/97, em que se estabeleceu maior detalhamento quanto a tais hipóteses, a depender da área e do Poder envolvidos.

O art. 1º da Lei nº 9.469/97, em sua redação vigente, dada pela Lei nº 11.941/2009, permite ao Advogado-Geral da União, diretamente ou por delegação, e também aos dirigentes máximos de empresas públicas federais, autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para encerrar litígio, em que o valor da causa não supere R\$ 500.000,00 (quinquinhos mil reais). Quando os valores superarem este limite, o § 1º do mesmo dispositivo estabelece a necessidade de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e da autoridade competente para o assunto, de acordo com o órgão e/ou Poder envolvidos, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que só necessitarão de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo.

Já os arts. 1º-A, 1º-B e 1º-C, da Lei nº 9.469/97 permitem ao Advogado-Geral da União e aos dirigentes máximos de empresas públicas federais a não propositura de ações ou a não interposição de recursos em relação à cobrança de créditos titularizados pela União e por autarquias, fundações e empresas públicas. No caso da União e das autarquias e fundações públicas, o critério determinado pelo art. 1º-A da Lei nº 9.469/97 relaciona-se aos custos de administração e cobrança. Quanto às empresas públicas federais, o critério principal é o valor do crédito atualizado, que não poderá ultrapassar R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 1º-B. E o art. 1º-C da Lei nº 9.469/97 estabelece que, prescrito o crédito, o representante judicial da União, das autarquias e fundações públicas federais não o inscreverá em dívida ativa

²⁶ Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: [...] VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente.

nem poderá propor ações ou interpor recursos, tendo que desistir dos recursos já interpostos.

O art. 2º da Lei nº 9.469/97 delega ao Procurador-Geral da União, ao Procurador-Geral Federal, aos dirigentes máximos de empresas públicas federais e do Banco Central a atribuição de realizar acordos, homologáveis judicialmente, nos autos do processo judicial, para o pagamento de débitos de valores que não ultrapassem R\$ 100.000,00 (cem mil reais), podendo ser parcelados em até 60 prestações mensais e sucessivas. Por sua vez, o art. 3º do mesmo diploma legal prevê que as autoridades indicadas no art. 1º, *caput*, poderão concordar com o pedido de desistência da ação nas causas de qualquer valor, desde que o autor renuncie expressamente ao direito sobre o qual se funda a ação.

Por fim, o art. 4º da Lei nº 9.469/97, que será abordado com maior profundidade a seguir, estabelece que, não havendo Súmula da AGU, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações e desistir de interpor recursos quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo STF ou pelos Tribunais Superiores.

No que se refere especificamente ao âmbito interno da AGU, foram editados alguns atos normativos, delegando e regulamentando as atribuições previstas na Lei 9.469/97 e outras referentes à solução de conflitos pela via dos meios consensuais. Dentre os mais importantes, podem ser citados as Portarias AGU nº 1.099/2008, 990/2009 e 377/2011, além da Portaria PGF nº 915/2009. Além disso, deve-se mencionar, no âmbito da Procuradoria-Geral da União, a Ordem de Serviço (OS) nº 13/2009, significativamente alterada pela OS nº 18/2011.

De modo mais específico, cabe ressaltar a importância da OS nº 13/2009, que é um mecanismo que fornece uma série de parâmetros relevantes para a realização de acordos em juízo. O art. 3º, por exemplo, estabelece as hipóteses em que os acordos e transações não poderão ocorrer. Já o art. 4º determina algumas regras que devem ser observadas, especialmente quanto aos critérios de redução do montante a ser pago no que se refere aos débitos e créditos da União. Além disso, são levados em consideração, para a realização de acordos, fatores como a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, as perspectivas de êxito da União e da própria duração do processo, entre outros.

A OS nº 13/2009 é uma importante referência para a celebração de acordos e transações nas causas em que a União é parte. Traz uma série de elementos que proporcionam maior segurança para os envolvidos nas tratativas. No entanto, isto não significa que não sejam necessários ajustes e aperfeiçoamentos, especialmente no que se refere à introdução de mecanismos que possibilitem uma superação de resistências que os

próprios advogados públicos em geral possuem ao celebrar acordos, abandonando uma postura de litigância incondicional, avessa ao acordo, à composição de interesses pela via consensual.

3.2 O ART. 4º DA LEI N° 9.469/97 E A SUA CORRETA INTERPRETAÇÃO EM FACE DA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS

De acordo com o art. 4º, XII, da LC nº 73/93, uma das atribuições do Advogado-Geral da União consiste em editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa, reiterada, dos Tribunais, cuja observância é obrigatória em relação aos órgãos jurídicos integrantes da Administração Pública Federal. Trata-se de medida que, entre outros objetivos, visa a uniformizar a atuação dos entes públicos federais em juízo, evitando que litígios desnecessários tenham início ou se prolonguem. Isto pode reduzir as despesas da União com o processo, além de contribuir para desafogar o Poder Judiciário, que terá melhores condições de dar uma resposta mais célere e eficaz às demais demandas que lhe são dirigidas.

Mas podem existir situações em que, apesar da ausência de súmula administrativa da AGU, os Tribunais estejam decidindo de modo reiterado determinada questão jurídica. Diante desta lacuna da LC nº 73/93, o art. 4º da Lei nº 9.469/97 atribuiu ao Advogado-Geral da União a faculdade de dispensar o ajuizamento de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo decidida de modo reiterado pelo STF ou pelos Tribunais Superiores. Eis o teor do referido dispositivo:

Art. 4º Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado-Geral da União *poderá dispensar* a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores. [grifo nosso]

O dispositivo em questão representa, sob um exame inicial, um avanço, pois preenche um vácuo normativo. Contudo sua redação evidencia algumas lacunas consideráveis. Em primeiro lugar, tal como adverte Luciane Moessa de Souza, não se faz menção à desistência de ações já propostas (se é possível deixar de ajuizar a ação, também deve ser permitido desistir), ao reconhecimento do pedido do autor nas ações em que a União ou um de seus entes estiver no polo passivo (o que vale

para as ações em que a União é autora também deveria valer para as ações em que fosse ré) e à desistência do recurso já interposto (se deixar de recorrer é permitido, a desistência do recurso também deveria ser possível).²⁷

Desse modo, considerando a ideia de juridicidade, ou seja, de uma leitura do princípio da legalidade sob uma ótica substancial, que consagre não somente a lei formal, mas principalmente o ordenamento jurídico como um todo, o art. 4º da Lei nº 9.469/97 comporta uma interpretação ampliativa das hipóteses ali previstas, contemplando as hipóteses mencionadas acima. Isto permite que o interesse público primário na celebração dos acordos e transações em juízo, quando estes se revelem mais benéficos à coletividade, seja plenamente atendido.

Outro ponto problemático do dispositivo está no fato de que a lei, em vez de impor, limita-se a facultar ao Advogado-Geral da União, nas hipóteses elencadas, a dispensa da propositura de ações ou da interposição de recursos jurídicos diante de entendimentos jurisprudenciais consolidados. Em outras palavras, isto significa que, não existindo súmula da AGU, cabe ao Advogado-Geral da União decidir, com base num juízo de conveniência e oportunidade, se acatará ou não entendimento pacificado nas instâncias superiores?

Tal questão torna-se especialmente relevante quando é considerada a tendência crescente, no direito brasileiro, de valorização dos precedentes judiciais como forma de racionalização e uniformização da atividade jurisdicional. No âmbito do STF, podem ser mencionadas as ações de controle abstrato de constitucionalidade, além da súmula vinculante e dos institutos da repercussão geral e dos recursos repetitivos. Já em relação ao STJ, cabe destacar o julgamento dos recursos repetitivos, cuja sistemática está prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil (CPC), inserido pela Lei nº 11.672/2008.

O alcance do efeito vinculante, seja em relação às ações de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do STF, seja quanto às súmulas aprovadas sob este regime, não desperta maiores controvérsias. O próprio texto constitucional vincula a Administração Pública em todos os seus níveis. Por outro lado, a sistemática dos recursos repetitivos é mais complexa. Trata-se de meio de uniformização de teses jurídicas no âmbito do STF e do STJ que visa a dar maior uniformidade e racionalidade às decisões judiciais. As decisões proferidas sob este regime têm uma eficácia que se irradia para as instâncias inferiores, mas não as vinculam.

²⁷ SOUZA, op. cit., p. 154. A autora menciona a Portaria AGU nº 1.156/2009, que prevê expressamente a possibilidade de desistência de recurso já interposto. No entanto, tal possibilidade fica restrita às autarquias e fundações federais, não se estendendo à União como um todo (*Ibidem*, p. 154).

Ou seja, não existe algo tão contundente e com consequências tão claras quanto o efeito vinculante.

No âmbito do STF, o recurso extraordinário visa a uniformizar a ordem constitucional objetiva pela via do controle difuso e concreto. A EC nº 45/2004, denominada Reforma do Judiciário, trouxe, entre outras inovações, o instituto da repercussão geral, previsto no art. 102, § 3º, da CF. Trata-se de um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, pelo qual o recorrente terá que demonstrar que as questões constitucionais veiculadas por ele possuem relevância política, econômica, social ou jurídica, indo além dos interesses subjetivos da causa, nos termos do art. 543-A do CPC. Este é um nítido exemplo da tendência crescente de objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

Em complemento, o art. 543-B do CPC veicula hipótese de multiplicidade de recursos com base em controvérsia idêntica no âmbito da repercussão geral. São os recursos repetitivos. Aqui, o exame da repercussão geral e do próprio recurso extraordinário será realizado por amostragem, com a seleção de alguns recursos representativos da controvérsia. Ausente a repercussão geral, os recursos que ficaram sobrestados serão automaticamente inadmitidos, nos termos do art. 543-B, § 2º, do CPC. Presente o requisito em tela e julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão analisados pelos órgãos recorridos, que poderão declará-los prejudicados ou efetuar retratação, de acordo com o art. 543-B, § 3º, do CPC.

Como se percebe, o julgamento pelo regime dos recursos repetitivos acaba por ter uma eficácia irradiadora em relação às instâncias inferiores, fixando e uniformizando uma orientação a ser seguida. Não possui efeito vinculante, mas é recomendável que seja observada, pois seria inócuo e contraproducente eventual prosseguimento do recurso. Isto se justifica porque o art. 543-B, § 4º, do CPC determina que, mantida a decisão e admitido o recurso, o STF poderá, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

No que se refere ao regime de julgamento de recursos repetitivos, o art. 543-C do CPC prevê sistemática semelhante, no âmbito do STJ, para o recurso especial. Assim como no caso do recurso extraordinário, busca-se, no âmbito infraconstitucional, uma uniformização de entendimento em matérias repetitivas, de massa, de modo a diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário, em especial dos Tribunais Superiores.

Em tal contexto, só seria razoável admitir que o Advogado-Geral da União não transigisse quando fixada tese jurídica sob a sistemática dos recursos repetitivos caso se tratasse de hipótese de superação do

precedente firmado ou de demonstração de que o caso em análise não se assemelha ao paradigma adotado pelo STF ou pelo STJ. Fora daí, não existe interesse público (primário) que justifique uma atitude que terá diversas consequências negativas, entre elas maior dispêndio de recursos públicos numa eventual condenação, movimentação desnecessária do aparato do Judiciário, o que também envolve verbas do erário, além de atingir interesses particulares legítimos e contribuir para o aumento da conflituosidade, o que dificulta a pacificação social.

A previsão literal do art. 4º da Lei nº 9.469/97, ao determinar, sem qualquer ressalva, que o Advogado-Geral da União tem a faculdade, e não o dever, de não ajuizar ações ou de não interpor recursos em relação a matérias pacificadas no âmbito do STF e de Tribunais Superiores, quando não houver súmula da AGU, vai contra o interesse público primário, da coletividade, uma vez que obsta uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz, além de onerar os cofres públicos desnecessariamente.

Não bastassem tais problemas, a possibilidade de inauguração ou o prosseguimento de feitos cujas matérias já se encontram pacificadas acaba por ferir o princípio da isonomia, pois fomenta a prolação de decisões contraditórias, o que também vai contra a ideia de segurança jurídica. A este respeito, discorre Elon Kaleb Ribas Volpi:

Com efeito, por vezes o Poder Executivo em Juízo defende teses já afastadas de forma pacífica pela Jurisprudência, mas que continuam sendo objeto de recursos que, sabidamente, serão improcedentes, fazendo movimentar de forma desnecessária a máquina judiciária a um alto custo para o próprio Estado. Não se quer dizer com isso que as decisões dos tribunais superiores (em especial o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal) são “imaculadas” e inquestionáveis, mas há matérias que estão sobejamente pacificadas e a reiteração do recurso não irá mudar a posição da Corte já sedimentada num sentido. É da essência de nosso sistema jurisdicional buscar a uniformização das decisões (confira-se a respeito a previsão do incidente de uniformização de jurisprudência, entre outros institutos), o que, na verdade, privilegia a isonomia ao oferecer respostas uniformes para casos idênticos.²⁸

Na realidade, este tipo de interpretação contribui para reforçar uma cultura ainda bastante arraigada no âmbito da advocacia pública, que é a de recorrer indiscriminadamente, sem haver questionamento

²⁸ VOLPI, op. cit., p. 158.

das reais chances de êxito. Trata-se de comportamento que acaba por dificultar uma conduta direcionada à conciliação, à transação, por parte dos advogados públicos, tal como observa Jefferson Carús Guedes:

Assim visto, se pode dizer que existem bases legais e até jurisprudenciais suficientes para a transação, observados os limites e a legitimidade que a lei determina. Contudo esse instrumento não se mostra eficiente, sendo corriqueiro a Advocacia Pública federal interpor sucessivamente recursos em matérias vencidas e pacificadas, diante dos riscos que persistem à adoção de comportamento conciliador.²⁹

No âmbito da União, ainda que haja considerável regulamentação normativa acerca das hipóteses de conciliação e transação, em comparação com outros entes federativos, persiste certa resistência da parte dos advogados públicos. Luciane Moessa de Souza destaca que, em razão da carência de regulamentação inequívoca mesmo no âmbito federal, existe grande receio de assunção de responsabilidade em nível pessoal pela celebração de acordos e nenhuma cobrança pela omissão em realizá-los quando era possível fazê-lo, o que evitaria a realização de trabalhos e despesas desnecessários para o erário.³⁰

Para solucionar este problema e potencializar os benefícios da utilização de meios consensuais pelos entes públicos, a autora enfatiza a importância de normas legais e regulamentares suficientemente claras sobre os critérios de avaliação de riscos e celebração de acordos, assim como se a transação terá natureza de poder ou de dever em cada hipótese. Além disso, será necessária a realização de treinamentos e a utilização de terceiros que favoreçam a comunicação entre as partes considerando a composição do conflito.³¹

No mesmo sentido, Elon Kaleb Ribas Volpi aponta a necessidade de autorização do Advogado-Geral da União e dos dirigentes de empresas públicas federais como outro entrave. Isto porque a União é parte em incontáveis ações judiciais e a autorização específica de tais agentes em cada causa seria inviável, o que justifica um número reduzido de acordos realizados.³² Para sanar esta dificuldade, o autor menciona a opinião do

²⁹ GUEDES, op. cit., p. 253.

³⁰ SOUZA, op. cit., p. 160.

³¹ Ibidem, p. 164.

³² VOLPI, op. cit., p. 154-5.

juiz federal Emmerson Gazda, para quem a Administração Pública tem o poder-dever de transigir em juízo, uma vez que a matéria foi pacificada pelo Poder Judiciário, sob pena de desvirtuamento do princípio da separação de poderes. Com tal iniciativa, muitos recursos não seriam interpostos e vários litígios não seriam sequer levados ao Judiciário, alcançando uma solução em momento prévio.³³

Dessa forma, o art. 4º da Lei nº 9.469/97 não pode ser interpretado de forma literal. Não se deve enxergar a locução verbal “poderá dispensar” como uma faculdade do Advogado-Geral da União no sentido de decidir se, em caso de matérias pacificadas pela jurisprudência do STF ou de Cortes Superiores, transigirá ou não. Somente será possível agir em sentido contrário caso haja argumentos consistentes para alegar a superação da tese ou se trate de caso distinto. Em outras palavras, fora de tais hipóteses, existe um poder-dever de transigir em razão do interesse público. Esta é uma conclusão que melhor se coaduna com o interesse público primário e que ajuda a fomentar uma conduta conciliadora por parte da advocacia pública federal.

Portanto, o art. 4º da Lei nº 9.469/97 não pode ser lido na sua literalidade. Primeiro, porque é incompleto, uma vez que não contempla uma série de possibilidades de transação que poderiam ser benéficas ao interesse público. Em segundo lugar, o Advogado-Geral da União não tem uma faculdade irrestrita de dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos em face de entendimentos pacificados, especialmente no que se refere aos recursos excepcionais julgados sob a sistemática dos recursos repetitivos. É fundamental que se observe o interesse público da coletividade, evitando a proliferação de litígios em detrimento dos meios consensuais, muitas vezes mais adequados e benéficos à solução do conflito.

4 CONCLUSÃO

Como foi possível observar, o Poder Judiciário atravessa uma crise na realização de sua função típica, que é a composição de conflitos de interesses com eficácia e celeridade. O método tradicional mostra-se insuficiente ante uma realidade mais complexa. Por isso, surge uma necessidade de melhora do acesso à justiça, não se limitando ao mero acesso ao Poder Judiciário, mas sobretudo buscando uma resposta que seja satisfatória para os envolvidos. Os litígios devem receber um tratamento adequado para que sejam resolvidos de modo tempestivo e

³³ GAZDA (2006) apud VOLPI, op. cit., p. 155.

eficaz, ou seja, cada um deles deve ser submetido ao método que seja capaz de proporcionar uma solução que realmente atenda às partes.

Neste contexto, os métodos alternativos de solução de controvérsias assumem grande importância, especialmente aqueles baseados na construção de uma solução pelos próprios envolvidos. Busca-se, com isso, um resultado capaz de atender, de modo mais pleno, aos interesses dos litigantes, melhorando a qualidade da prestação jurisdicional e garantindo maior credibilidade e efetividade ao que é decidido.

Vista a importância crescente dos meios consensuais de resolução de conflitos, existe relevante controvérsia acerca da possibilidade de o Poder Público, o principal litigante no Poder Judiciário, transigir ou conciliar em juízo. Ainda que exista entendimento no sentido de, fora da previsão legal, tal hipótese ser vedada em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público, esta não parece a melhor leitura. Na verdade, em muitas situações, a transação e a conciliação podem se mostrar mais adequadas ao interesse público do que o prosseguimento de um litígio em juízo em virtude da ausência de previsão legal permitindo uma saída alternativa. É necessário, por isso, que se repense a ideia estrita de legalidade administrativa, englobando também a noção de juridicidade, ou seja, de conformidade com o ordenamento jurídico globalmente considerado.

No âmbito federal, a Lei nº 9.469/97 representa um avanço em relação à possibilidade de a Administração Pública celebrar acordos e transações. De modo mais específico, buscou-se abordar, neste estudo, a hipótese específica do art. 4º da referida lei. O dispositivo diz que, não existindo súmula da AGU, o Advogado-Geral da União terá a faculdade de dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo objeto de decisões reiteradas pelo STF e pelos Tribunais Superiores.

Diante da importância da transação, nota-se que o art. 4º da Lei nº 9.469/97 não pode ser interpretado literalmente. Em primeiro lugar, porque a letra da lei não contempla todas as hipóteses de transação e conciliação em juízo. E, mais importante, a mera inexistência de Súmula da AGU não pode representar uma faculdade ilimitada para o Advogado-Geral da União no sentido de decidir se desiste de propor ações ou de interpor recursos ante a jurisprudência consolidada, especialmente considerando relevantes instrumentos de racionalização da atividade jurisdicional, como o julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos, no âmbito do STF e do STJ. Tais hipóteses somente serão admissíveis quando seja possível uma superação da tese jurídica pacificada por essas Cortes Superiores, ou haja demonstração de que a

situação concreta relaciona-se a hipótese distinta da veiculada pela tese jurídica cristalizada.

O dispositivo legal objeto da presente discussão não pode ser interpretado em sua literalidade. Sua leitura deve ir além da legalidade estrita, abrangendo o ordenamento jurídico como um todo. Ou seja, deve-se ter em mente a ideia de juridicidade. Não se pode prosseguir em um litígio quando fica evidente que não há chances de êxito e se verifica que isto pode, na realidade, acarretar ainda mais prejuízos ao erário. Além disso, tal postura contribui para a morosidade e a ineficácia do Poder Judiciário, além ofender garantias constitucionais fundamentais como a duração razoável do processo, além do princípio da eficiência administrativa, previsto no art. 37 da Constituição. Em outras palavras, a faculdade irrestrita de continuidade de um litígio representa uma violação à indisponibilidade do interesse público.

Portanto, a interpretação mais adequada do art. 4º da Lei nº 9.469/97 é aquela que leva em conta a importância dos meios consensuais de solução de controvérsias, buscando uma composição dos conflitos de interesses por métodos adequados, que propiciem uma solução plena e eficaz, satisfazendo a todos os envolvidos. Isto significa que, diante de teses jurídicas consolidadas pelo STF e pelo STJ, existe, na verdade, um poder-dever de conciliar, de transigir, dentro dos parâmetros fornecidos pela lei e pelo ordenamento jurídico. Este é o caminho mais adequado para que o interesse público primário seja realmente atendido.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AZEVEDO, André Gomma de. Perspectivas metodológicas do processo da mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

_____; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho e. Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos. In: *Revista do Advogado*, AASP, São Paulo, ano XXVI, n. 87, set. 2006.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 253.885/MG*. Recorrente: Município de Santa Rita do Sapucaí. Recorrida: Lázara Rodrigues Leite e outras. Relatora: Min. Ellen Gracie. DJ 21/06/2002.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane 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.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. In: *Revista da PGFN*, Ano I, n. 2, 2011.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: PELUSO, Antonio Cesar, RICHA, Morgana de Almeida (coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ATUAÇÃO CONSULTIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E O CONTROLE DE JURIDICIDADE

THE ADVISORY ROLE OF THE ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO AND ITS CONTROL OF JURIDICITY

*Tayse Carvalho Silva Montenegro de Oliveira
Advogada da União¹*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Advocacia-Geral da União como função essencial à justiça e ao Estado Democrático de Direito; 2 Atuação dos órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União no controle de juridicidade da Administração Pública; 3 Conclusão; Referências.

¹ Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a atuação dos órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União (AGU) na realização do controle de juridicidade da Administração Pública em prol do Estado Democrático de Direito e de Justiça e da sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia. Públca. Consultivo. Essencialidade, Justiça. Democracia. Controle. Juridicidade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the performance of the advisory bodies of the Advocacia-Geral da União (AGU) in the control of legality of public administration in favor of the democratic rule of law and justice and to the Brazilian society.

KEYWORDS: Attorney. Public. Advisory. Essentiality. Justice. Democracy. Control. Legality.

INTRODUÇÃO

A Advocacia-Geral da União foi criada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e instituída pela Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, como instituição permanente que, no âmbito contencioso, representa a União (Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo), judicial e extrajudicialmente, bem como, no âmbito consultivo, presta consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo Federal, nos termos da mencionada Lei Complementar.

CRFB/1988. 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.

Antes da Constituição de 1988, a atuação contenciosa, de representação judicial da União, ficava a cargo do Ministério Público da União, enquanto as atividades consultivas do Poder Executivo eram exercidas pela “Advocacia Consultiva da União”, cujo órgão central era a Consultoria-Geral da República, nos termos do Decreto nº 92.889, de 1986 e do Decreto nº 93.237, de 1986.

Assim, a Constituição Federal de 1988 inovou ao concentrar na nova instituição pública – Advocacia-Geral da União – duas esferas de atribuições: contenciosa e consultiva.

Para a atuação consultiva, tema central deste artigo, a Lei Complementar nº 73, de 1993, prevê diversos órgãos jurídicos na estrutura da Advocacia-Geral da União, tais como: a Consultoria-Geral da União, as Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, as Consultorias Jurídicas da União nos Estados, as Procuradorias Federais Especializadas junto Autarquias e Fundações, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Procuradoria-Geral do Banco Central.

Nesse contexto, para fins do presente artigo, destacar-se-á a atuação consultiva da Advocacia-Geral da União e o seu importante papel no controle de juridicidade da Administração Pública, “que, em última análise, é a vivência diária e a finalidade síntese da Advocacia de Estado, no desempenho do inestimável serviço que deve prestar à sociedade”².

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em direito público, v.4, n.4, p. 42. out. 2005.

Para isso, entretanto, serão abordados temas correlatos que embasarão a conclusão do dever-poder de atuação consultiva da AGU como órgão de controle de juridicidade.

1 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA E AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 qualificou a função da Advocacia Pública, na qual se insere a Advocacia-Geral da União, como função essencial à justiça, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública (arts. 127 a 135 da CFRB/1988)³.

Essa qualificação constitucional da Advocacia-Geral da União como função essencial à justiça demonstra a sua indispensabilidade para a realização e promoção da justiça no contexto da sociedade brasileira.

Segundo a Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, o termo jurídico “justiça”, contido na expressão “funções essenciais à justiça”, pode ter dois significados distintos, quais sejam:

a) Justiça como instituição, ou seja, como sinônimo do Poder Judiciário, tal como aparece nas expressões justiça trabalhista, justiça eleitoral, justiça federal; e realmente as carreiras apontadas como essenciais à justiça são indispensáveis ao funcionamento do Poder judiciário, por que este, embora detenha a mais relevante e eficaz forma de controle da Administração Pública e de proteção dos direitos individuais e coletivos, não tem legitimidade para dar início às ações judiciais; ele decide sobre conflitos que lhe são postos e nos limites postos pelo advogado, pelo Defensor Público, pelo Advogado da União, pelo Procurador do Estado ou do Município, pelo Promotor Público (quando este atuar como parte). Sem estes profissionais, a Justiça – entendida como sinônimo de Poder Judiciário – não é acionada. Ela não existe.

³ “Foram criadas 3 procuraturas constitucionais independentes para que exercitassem cada uma delas em seus respectivos âmbitos funcionais e federativos, os poderes tipicamente estatais de cura, promoção, provedoria e controle, pois que referentes à estruturação e funcionamento do próprio Estado, e nem por outra razão inseridas todas essas funções, sob a qualificação de Essenciais à justiça, como um Capítulo distinto do Título IV, pretendendo o constituinte que neste título contivesse todas as definições cratológicas fundantes da organização estatal, independentemente de obrigatoriedade continência em qualquer dos três ramos em que, por tradição, repartia-se o exercício de qualquer parcela do poder estatal”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em direito público, v.4, n.4, p. 38, out. 2005.)

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Prefeitura do Município de São Paulo*, n. 3, p.11-30, dez. 1996, p. 13-14.

b) Justiça como valor, incluído já no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e que consiste na vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu (*justitia est constans ET perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Vale dizer que o advogado, seja público, seja privado, atua sempre em prol da Justiça, entendida como valor, mesmo quando desempenhada perante o Poder Executivo.

Dessarte, pode-se afirmar que a segunda acepção é a que melhor se coaduna com a atuação consultiva da Advocacia-Geral da União.

Nesse sentido, a atuação consultiva tem uma relevante missão de promover o valor “justiça” e todos os demais valores que dele inexoravelmente decorrem, especialmente os valores licitude, legitimidade e legalidade; valores estes que fundamentam o Estado Democrático de Direito e o Estado de Justiça, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵.

As funções essenciais à justiça não se confundem com as demais funções tradicionalmente atribuídas aos órgãos dos Poderes do Estado (Poder Judiciário, Poder Executivo e Poder Legislativo), mas atuam ao lado destes de forma a proporcionar harmonia e equilíbrio entre os citados Poderes de Estado e a Sociedade.

O Constituinte de 1988 delegou diretamente à Advocacia Pública parcela do poder estatal, estabelecendo-a, em pé de igualdade com as demais funções essenciais à justiça, como zeladora do interesse público em benefício da sociedade.

Importante notar que a localização topográfica da Advocacia Pública em capítulo próprio (capítulo IV), ou seja, fora dos capítulos dos Poderes da União (capítulos I, II e III), revela a intenção do constituinte originário de conferir às funções essenciais à justiça a necessária autonomia em relação aos citados Poderes, sem, contudo, firmá-las como um quarto poder.

Com efeito, há nítida intenção do legislador constituinte de não inserir a AGU na estrutura administrativa do Poder Executivo, em que pese a posição doutrinária de Branco, Coelho e Mendes⁶, entendendo a Advocacia-Geral da União com integrante do Poder Executivo.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Disponível em: <<http://pge.es.gov.br/Repositorio/ArquivosConteudosEditaveis/1/56a04a85-1.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 947.

A inserção da AGU na estrutura do Poder Executivo implicaria em certa subordinação do Advogado da União ao Executivo, facilitando a ingerência técnica e/ou política na atuação do Advogado da União, o que desvirtuaria o cumprimento do seu mister constitucional de agente controlador da juridicidade dos seus atos, subvertendo a ordem constitucional estabelecida na qual é a AGU que exerce controle sobre o Poder Executivo e não o Poder Executivo sobre a AGU. Essa, indiscutivelmente, não foi a intenção do legislador constituinte.

Ao contrário. A previsão constitucional da AGU como função essencial à justiça implica em admitir que a vontade do constituinte originário foi a de que o Advogado da União, no exercício de suas funções, “seja resguardado de toda pressão e interferência externas e políticas, a fim de que atuem com independência e liberdade na defesa do Estado Democrático de Direito”⁷.

Nesse contexto, para o desempenho pleno, digno e eficiente dessa difícil missão constitucional, faz-se necessário reconhecer a indispensabilidade da independência funcional do Advogado da União para atuar no controle de juridicidade da Administração Pública.

A independência funcional não se confunde com autonomia funcional. Enquanto a autonomia funcional se refere à instituição de um modo geral (autonomia financeira e administrativa), a independência funcional está atrelada aos membros da instituição.

Vale dizer que, ao Advogado da União, confere-se a prerrogativa de agir segundo o seu convencimento técnico-jurídico, segundo seu conhecimento e suas próprias convicções, não estando subordinado de modo absoluto a órgão ou a Poder.⁸

Importante esclarecer que, embora a independência funcional do Advogado da União não esteja expressa no texto constitucional, ela é decorrente do enquadramento da AGU como função essencial à justiça e, portanto, desnecessária é a sua afirmação expressa. Trata-se de algo inerente ao exercício do *munus* público (*munus* *advocatício*).

Segundo a *teoria dos poderes implícitos*, a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram

⁷ GUIMARÃES, Patrícia de Almeida Barbosa. A Advocacia PÚBLICA da União e a Independência Funcional dos seus membros: Possibilidades e Limites. *Instituto Brasiliense de Direito PÚBLICO- IDP - Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional*. Brasília: 2011. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/224/Monografia_Patr%C3%ADcia20de%20Almeida%20Barbosa%20Guimar%C3%A3es.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 ago. 2013.

⁸ Ibid.

atribuídos pela Constituição Federal, sob pena de aceitar-se que na Carta Magna existam normas *sem força normativa*.

A violação dessa independência funcional no plano hierárquico, a pretexto da imposição de vontade atentatória à consciência do Advogado de Estado, poderá caracterizar abuso de poder, mesmo se perpetrado no contexto interno da hierarquia do órgão coletivo de criação infraconstitucional (Procuradorias), uma vez que o Advogado de Estado é, por ser um advogado e por definição constitucional, um órgão unipessoal.⁹

Entretanto, essa independência técnico funcional não significa que o Advogado da União não se submeta aos limites funcionais delineados dentro no âmbito da própria Advocacia-Geral da União (conforme o art. 28, inciso II, da Lei Complementar nº 73, de 1993, que veda ao Advogado da União a possibilidade de contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica do Advogado-Geral da União).

Ademais, a atuação do Advogado da União é limitada pelo Direito ao qual ele defende, ou seja, submete-se ao dever ético e constitucional de atuar nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, defendendo os valores que são fundamentos do Estado Democrático de Direito e o Estado de Justiça em prol do interesse público e da sociedade.

Segundo BRANCO, COELHO e MENDES, entende-se por Estado Democrático de Direito:

[...] a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mas ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a proclamação daqueles direitos.¹⁰

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em direito público, v.4, n.4, out. 2005. p. 58.

10 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 139.

Assim, vê-se que por traz da expressão “Estado Democrático de Direito” existe alguns importantes princípios fundantes, princípios estes norteadores da atuação da AGU, quais sejam: princípio da legitimidade (Democracia) e princípio da legalidade (Direito).

Segundo Moreira Neto¹¹:

A sujeição do Estado à lei foi, por certo, a primeira grande conquista desta série: o *princípio da legalidade* inaugurou a doma do Leviatã, marcando a transição do Estado Absolutista para o *Estado de Direito*.

O segundo importante triunfo foi o submetimento do Estado à vontade da sociedade: o *princípio da legitimidade* logrou afirmar-se universalmente no correr deste século que se finda, à custa de grandes sacrifícios, entre os quais os flagelos de três longas e desumanas guerras e da escravização de inúmeros povos a ideologias totalitárias, consolidando-se o *Estado Democrático* como o conceito vitorioso nas sociedades contemporâneas.

Ainda à luz dos consagrados ensinamentos do Moreira Neto, há um terceiro princípio que deve também caracterizar o Estado Brasileiro: o princípio da licitude. Este princípio estabelece a subordinação do Estado à moral, ou seja, assegura o “primado da moralidade na vida pública”, realizando o chamado Estado de Justiça.

A terceira e decisiva conquista, e a mais demandante, ainda está por ser alcançada, logrando-se a subordinação do Estado à moral: o *princípio da licitude*.

[...]

Não obstante a Constituição categorizar o Estado brasileiro apenas como *Estado Democrático de Direito*, ou seja, de *legitimidade* e de *legalidade*, sua dimensão, como almejado Estado de Justiça desponta em mais de um dispositivo em que a licitude é invocada.

Todavia, ousa-se dizer que o Estado de Justiça não está por ser alcançado constitucionalmente ou é apenas despontado em alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988. O chamado Estado de

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Disponível em: <<http://pge.es.gov.br/Repositorio/ArquivosConteudosEditaveis/1/56a04a85-1.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

Justiça já é imperativo imanente da própria Constituição de 1988¹², embora tal expressão não esteja expressa no texto constitucional. Até porque o fim do Estado é o bem comum, que não é outra coisa senão a realização da Justiça!

Assim, a Advocacia-Geral da União, tanto quanto às demais funções essenciais à justiça, é instrumento que realiza tanto o Estado Democrático de Direito, bem como o Estado de Justiça, pois zela, no desempenho de seus respectivos cometimentos fundamentais, por seus mais importantes valores: Povo, Direito e Justiça.

2 ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS CONSULTIVOS DA AGU NO CONTROLE DE JURIDICIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O constituinte originário de 1988, ciente da adversa experiência de concentração e abuso de poder vivida pelo país com o regime ditatorial, estabeleceu um rico e necessário sistema constitucional de controle das ações estatais, através da criação e especialização de diversos órgãos, que receberam parcela do poder estatal e, consequentemente, independência funcional para exercer tal mister.

Trata-se do que Diogo Figueiredo chamou de “Fenômeno contemporâneo da multiplicação de órgãos constitucionais independentes”¹³. São mecanismos de controle recíproco no exercício das funções públicas, fundados sob o conhecido sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

¹² CRFB/1988. Preâmbulo (Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL); Art. 1º (III - a dignidade da pessoa humana); Art. 3º (I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); Art. 4º (II - prevalência dos direitos humanos; VI - defesa da paz); Art. 5º (X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência); Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte); entre tantos outros.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em direito público, v.4, n.4, p. 38, out. 2005.

Com efeito, Estado, por seus órgãos e por seus Poderes, e sociedade, por seus indivíduos e por seus órgãos, exercem multimodos e recíprocos papéis de controlados e controladores, distribuindo, a Constituição, entre todos, inúmeras funções de *fiscalização*, de *provocação* e de *correção*.

De um lado, os três Poderes tradicionais, principalmente o Poder Judiciário, têm a seu cargo a *correção*, e de outro, as funções essenciais à justiça e à sociedade, cuidam da *fiscalização* e da *provocação*. Trata-se de um novo esquema de *distribuição de poderes*, que, embora mantenha nos Poderes orgânicos o seu mais importante centro de decisões sobre a *juridicidade*, descentraliza, nas funções essenciais à justiça, nos indivíduos, nas empresas, nas associações e nas instituições provadas, em geral, inúmeras funções de fiscalização e de provocação. Sobretudo, e em última análise, devolve-se ao povo, a fração politicamente ativa da sociedade, a decisão final sobre legitimidade e a moralidade, pelo exercício da participação democrática.¹⁴

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, falar em controle é falar sobre:

[...] conjunto de meios através dos quais pode ser exercida função de natureza fiscalizatória sobre determinado órgão ou pessoa administrativa. Dizer que órgão ou entidade estão sujeitos a controle significa constatar que só podem eles atuar dentro de determinados parâmetros, ou seja, nunca podem agir com liberdade integral.¹⁵

Assim, ao lado dos tradicionais órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a Constituição estabeleceu as funções essenciais à justiça como instrumento democrático de controle a proporcionar equilíbrio e harmonia entre os Poderes Estatais e a sociedade.

Dentre esses órgãos constitucionais independentes, destaca-se a atuação da Advocacia-Geral da União, implementada pela Lei Complementar nº 73, de 1993, que consolidou as duas frentes de atuação da Advocacia-Geral da União: a contenciosa e a consultiva.

¹⁴ MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. As Funções *Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Disponível em: <<http://pge.es.gov.br/Repositorio/ArquivosConteudosEditaveis/1/56a04a85-1.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: 2005. p. 358.

A competência contenciosa da AGU revela a sua natureza de organismo representativo judicial e extrajudicialmente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou seja, representa os direitos e interesses dos seus “clientes” em juízo ou fora dele.

A atuação contenciosa é necessariamente parcial tendo em vista que o Advogado da União deverá defender o seu cliente (a União) com todos os argumentos favoráveis ao interesse do ente público (interesse público secundário) que figura na lide.

Já a atuação consultiva da AGU, foco principal do presente artigo jurídico, consiste em orientar, aconselhar e assessorar juridicamente apenas o Poder Executivo Federal. Neste caso, o Advogado da União, como operador do Direito, quando consultado pelo Administrador Público, só se manifestará quanto à juridicidade dos atos administrativos, ou seja, apenas fará o cotejo de conformidade do ato analisado com o ordenamento jurídico-constitucional.

Tradicionalmente, diz-se que o Advogado PÚblico não realiza o exame quanto à conveniência e oportunidade (mérito) do ato consultado posto que de competência exclusiva do Administrador PÚblico.

Nesse ponto, elucida Diogo de Figueiredo quanto a atuação consultiva da Advocacia PÚblica:

Compete ao Advogado de Estado, no desempenho apropriado desse dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhar, persuadir e induzir os agentes políticos no sentido de adotarem, invariavelmente, todas as providências, normativas e concretas, que se destinem à afirmação do primado dos valores jurídicos e democráticos [...].¹⁶

Os órgãos consultivos da AGU atuam essencialmente de maneira preventiva (controle preventivo), ou seja, antes da decisão do Gestor PÚblico, de modo a assegurar que os atos provenientes das diversas atividades realizadas pelos órgãos e entidades estatais sejam produzidos em conformidade com os princípios e regras do Direito¹⁷, minimizando ou evitando perdas patrimoniais, assim como, em muitos casos, a propositura de ações judiciais em massa.

¹⁶ MOREIRA NETO, op. cit., 2005. p. 42.

¹⁷ “Respeito ao Direito é também o mais lídimo interesse público.”MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em direito público, v.4, n.4, p. 45, out. 2005.

A advocacia consultiva é a expressão preventiva dessas funções, destinando-se a evitar o surgimento ou a permanência de agressão à ordem jurídica – a injuridicidade – como quer que ela se apresente, decorra de ação ou de omissão, na órbita privada ou pública. Admite uma forma de atuar passiva, na qual a função é provocada pelo interessado, e uma forma ativa, na qual é exercida sem provocações, em caráter fiscalizatório.¹⁸

Vê-se que há uma grande diferença entre a atuação contenciosa e a atuação consultiva. Esta exige um maior grau de independência do Advogado Público, bem como uma postura imparcial (como se juiz fosse), eis que defenderá a correta aplicação da lei que, ao fim e ao cabo, preservará o interesse primário da sociedade e do Estado Democrático de Direito e de Justiça.

Percebe-se, assim, que, em sua vertente consultiva, a AGU atua no controle da Administração Pública. Isso porque, quando o Advogado da União responde à consulta do Administrador Público quanto à legalidade de determinada ação administrativa, além de indicar qual a posição correta a seguir, também está evitando que a Administração Pública assuma uma postura antijurídica.

Nesse passo, importante destacar que a atuação consultiva da AGU, e, por conseguinte, seu papel de agente controlador da Administração Pública, decorre da submissão do Poder Público ao Direito.

Segundo uma visão contemporânea do Direito Administrativo, a clássica noção de submissão da Administração Pública ao *princípio da legalidade* vem sendo substituída pela necessidade sujeição ao *princípio da juridicidade*.

O princípio da legalidade, base do Estado de Direito que se contrapôs ao Estado Absolutista, estabelece a submissão do Estado à Lei, no intuito de evitar a prática arbitrárias, abusos ou favoritismos. Com efeito, o princípio da legalidade impõe a Lei sobre toda ação administrativa, de forma que o Administrador público só pode agir se autorizado pela lei e nos limites por ela estabelecidos.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Melo, o princípio da legalidade:

É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Disponível em: <<http://pge.es.gov.br/Repositorio/ArquivosConteudosEditaveis/1/56a04a85-1.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei.¹⁹

Entretanto, diante dos desafios jurídicos do Estado moderno, passou-se a perceber que o princípio da legalidade estrita se apresenta de forma insuficiente para realizar um eficaz controle da atividade estatal.

Assim, a noção clássica do princípio da legalidade, segundo Raquel Melo Urbano de Carvalho²⁰, sofreu algumas mutações no intuito de conter o avanço desmedido da atuação discricionária da Administração Pública.

Na primeira mutação, o conceito de legitimidade se destacou. Percebeu-se a necessidade de exigir a legitimidade das atuações públicas a fim de que a Administração Pública cumpra, além das regras legais, a moralidade e a finalidade administrativa.

Em uma segunda mutação, a noção de legalidade evoluiu para noção de constitucionalidade (princípio da constitucionalidade). Isso por que os abusos e descumprimento dos direitos fundamentais²¹ ensejaram a necessidade de reconhecer força vinculante às normas principiológicas da Constituição Federal como forma de controle da atuação do Executivo, superando, assim, o dogma positivista.²²

Por fim, numa terceira mutação surge o princípio da juridicidade, que vai além da legalidade e constitucionalidade, para impor ao Poder Executivo o dever de conformidade não apenas à lei em sentido estrito, mas ao Direito como conjunto de regras, valores e princípios jurídicos (explícitos ou implícitos²³) em sentido amplo.

É com a noção de juridicidade que se abandona um conceito primário de legalidade, satisfeita com o cumprimento nominal e simplista de regras isoladas. Parte-se em busca da observância íntegra do Direito, compreendido este como um conjunto de norma dentre as quais se

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 100.

20 CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 48 – 60.

21 Vale destacar que o Estado é o titular passivo por excelência dos direitos fundamentais, já que estes nasceram justamente para proteger os indivíduos em face dos Poderes Estatais. Portanto, os detentores dos poderes formalmente considerados (poderes legislativo, executivo e judiciário) estão submetidos aos preceitos de direito fundamental.

22 Idem, p. 54

23 “Outrossim, com o reconhecimento de princípios implícitos deduzidos do ordenamento e alcançados ao status constitucional, porquanto inadmitida hierarquia em face dos princípios expressos na Lei Magna, ganhou força a noção de juridicidade”. CARVALHO, Raquel Melo Urbano. p. 55

incluem os princípios expressos e implícitos, bem como as regras específicas do ordenamento.

[...]

Destarte, atualmente quando se fala que, segundo o princípio da legalidade, o administrador público somente pode agir se a lei expressamente o autoriza, entenda-se lei como toda norma jurídica, princípios constitucionais explícitos ou implícitos, princípios gerais do direito, regras legais, normas administrativas (decretos, portarias, instruções normativas, etc.).²⁴

Carmem Lúcia Antunes Rocha, por sua vez, ao tratar do princípio da juridicidade, ressalta a sua importância para se alcançar o valor justiça:

O Estado Democrático de Direito material, com o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de “legalidade administrativa” e, agora, mais propriamente rotulada de “juridicidade administrativa”, adquiriu elementos novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social.²⁵

Dessarte, o conceito de juridicidade vincula Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo (Direito), servindo como paradigma vinculante da atuação pública.

Portanto, diante dessa exigência de subordinação da Administração Pública ao princípio da juridicidade, é possível afirmar que as técnicas de controle dar-se-ão, indiscutivelmente, mediante o contraste com os novos parâmetros.

Dessa forma, o controle realizado pelos órgãos consultivos da AGU sobre a atuação da Administração Pública não mais se restringe ao cotejo legal estrito (controle de legalidade estrita). Ao contrário, a atuação consultiva da AGU tem o poder-dever de realizar um controle amplo: o controle de juridicidade.

Assim, destaca-se, no controle realizado pela AGU, a análise de importantes valores e princípios constitucionais, tais como dignidade

²⁴ CARVALHO, op. cit., p. 55

²⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, p.79-80.

da pessoa humana, moralidade, impessoalidade, segurança jurídica, eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, motivação, boa-fé objetiva, assim como a própria noção de legitimidade da atuação administrativa e, principalmente, o valor justiça – valor este que foi confiado à Advocacia-Geral da União pela própria Constituição quando atribuiu a qualificação de função essencial à justiça.

Nesse contexto, Advocacia Pública na realização do controle efetivo de juridicidade, consegue, por exemplo, evitar ou se antecipar ao desvio ou abuso administrativo, contribuindo para o combate a corrupção e evitando o volume intenso de ações judiciais contra atos do Poder Executivo.

Por fim, contudo, importante perceber que não cabe, dentro do controle de juridicidade, o entendimento de que, se os valores ou princípios forem cumpridos (como por exemplo, o princípio da moralidade), o Administrador Público estaria autorizado a não observar a lei estrita.

O raciocínio deve ser outro. Ou seja, não basta cumprir a lei estrita, é preciso que o Gestor, além de cumprir a lei estrita, aja em conformidade com o Direito.

No entender de Juarez Freitas:

[...] a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional.²⁶

Mais especificamente, pode-se dizer que as atribuições dos órgãos consultivos da AGU consistem no controle dos atos administrativos que materializam as políticas públicas, dos textos das minutárias dos projetos de lei ou dos demais atos normativos, dos textos dos editais de licitação, contratos e instrumentos congêneres, bem como a fixação da correta interpretação da legislação e a prestação de subsídios para a atuação contenciosa da AGU²⁷.

²⁶ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 43-44.

²⁷ LC nº 73/1993:
Das Consultorias Jurídicas

No exercício desse mister, vê-se que a AGU contribui para o combate da tão famigerada corrupção brasileira, notadamente quando previamente evita a celebração de contratos ou convênios de valores vultuosos em desconformidade com o Direito. Aliás, o Advogado da União tem dever ético e funcional de se opor a todo ato, de qualquer Autoridade Pública, que lhe pareça atentatório ao Direito.

[...] porque não se pode ignorar que o combate à corrupção ainda é tema prioritário em nosso País; mácula que, para ser extirpada, necessita de instituições de controle de juridicidade, sempre mais fortes e prestigiadas.²⁸

No âmbito da atuação consultiva, o Advogado da União atuará em colaboração com o Administrador Público no sentido de orientá-lo a tomar a decisão política dentro dos ditames do Direito. Isso significa que o Advogado não agirá nem a favor nem contra a vontade do Gestor a quem ele auxilia, mas sempre a favor do Estado Democrático de Direito e de Justiça e contra a injuridicidade.

3 CONCLUSÃO

A Advocacia-Geral da União, na sua vertente consultiva, foi alçada pela Constituição da República Federativa do Brasil à condição de função essencial a justiça e ao Estado Democrático de Direito.

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.

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em direito público, v.4, n.4, p. 48, out. 2005.

Posição constitucional esta que revela a importância de sua atuação na defesa do interesse público e da sociedade. No exercício desse mister, destaca-se seu fim último que é o controle de juridicidade.

Nesse contexto, o princípio de legalidade se apresenta como novo paradigma – legitimidade, constitucionalidade e juridicidade – ao qual a Administração Pública precisa se submeter, superando, assim, a clássica noção de subordinação à lei estrita.

De tal sorte, a AGU cumpre papel de relevo na defesa do interesse da sociedade (interesse público primário) e do patrimônio público (interesse público secundário), razão pela qual se deve conferir importância, respeito e independência funcional aos seus Membros, de modo que se perpetuem as suas funções essenciais de agente garantidor da justiça e do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPodivm, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Prefeitura do Município de São Paulo*, n. 3, dez. 1996.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUIMARÃES, Patrícia de Almeida Barbosa. *A Advocacia Pública da União e a Independência Funcional dos seus membros: Possibilidades e Limites*. Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional. Brasília: 2011. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/224/Monografia_Patr%C3%A3o%20de%20Almeida%20Barbosa%20Guimar%C3%A3es.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 ago. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. Debates em direito público*, v.4, n.4, out. 2005.

_____. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Disponível em: <<http://pge.es.gov.br/Repositorio/ArquivosConteudosEditaveis/1/56a04a85-1.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey.

UMA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DA FUNPRESP-EXE E A REPERCUSSÃO EM RELAÇÃO À INCIDÊNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO CONSTITUCIONAL

*AN ANALYSIS OF THE LEGAL NATURE OF FUNPRESP-EXE AND ITS
RELATION WITH THE WAGE CEILING IN PUBLIC SERVICE*

Thiago Lindolpho Chaves

Advogado da União

Pós-Graduado na Escola da Magistratura do Distrito Federal

Graduado em Direito pela UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 A problemática da natureza jurídica das fundações públicas no ordenamento jurídico pátrio; 2 A natureza jurídica da Funpresp-Exe e a repercussão em relação à regra do teto remuneratório constitucional 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo visa analisar a natureza jurídica das entidades que integram o sistema da previdência complementar do servidor público federal (Funpresp), relacionando com as regras que permeiam o regime jurídico administrativo, notadamente quanto à submissão dessas entidades ao teto remuneratório constitucional do serviço público (art. 37, inciso XI, da Constituição Federal). Sabendo que a natureza jurídica da fundação pública sempre foi um dos temas mais espinhosos do direito administrativo pátrio, busca-se fazer uma releitura do texto constitucional à luz da concepção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, o que resulta no enquadramento da Funpresp-Exe, na qualidade de fundação pública de direito privado, no mesmo regime das empresas estatais no que tange à submissão à regra do teto remuneratório constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Funpresp-Exe. Fundação Pública de Direito Privado. Teto Remuneratório Constitucional.

ABSTRACT: This article aims to analyze the legal nature of the entities that comprise the pension system for civil servants (Funpresp), relating to the rules that permeate the legal administrative system, particularly regarding the submission of these entities to the constitutional wage ceiling in public service (Art. 37, XI, of the Constitution). Knowing that the legal nature of the public foundation has always been one of the thorniest issues of administrative law, we seek to re-read the Constitution according to the new interpretation given by the doctrine and by the courts on the subject, which results in conclusion that the Funpresp-Exe – as a public foundation under private law – is subjected to the same law system of state enterprises in regard to the application of the constitutional wage ceiling rule.

KEYWORDS: Pension Fund of the Federal Civil Public Service. Public Foundation under Private Law. Wage Ceiling in Public Service.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que um dos grandes problemas enfrentados pelo Brasil e pelos demais países do mundo é a questão previdenciária. Pode-se dizer que o direito a benefícios previdenciários decorre da concepção de um Estado do Bem Estar Social (*welfare state*) que visa não somente a garantir os direitos conquistados sob a égide do Estado Liberal, mas também a implementar políticas públicas com o objetivo de satisfazer necessidades básicas da coletividade.

Comefeito, a estruturação de um Estado Social, que pretende garantir a efetivação de direitos sociais – direitos de segunda geração ou dimensão, conforme denomina a doutrina – demanda, logicamente, a existência de mais recursos públicos, capazes de atender e satisfazer os interesses de cada indivíduo que tenham amparo no ordenamento jurídico. Assim, para a consecução desses objetivos, cabe ao Poder Público instituir uma política de arrecadação tributária eficiente, aliada a uma administração gerencial competente, capaz de atingir as metas programadas em um espaço curto de tempo e com o dispêndio mínimo de recursos.

Nesse contexto, dentro dessa perspectiva de administração gerencial, o modelo de previdência social que venha a ser adotado pelo Estado será fundamental, na medida em que o dispêndio com o pagamento desse benefício comprometerá substancialmente o erário, ante a necessidade de se atender uma gama de indivíduos que, em razão da idade, não possuem mais condições físicas de trabalhar.

No caso particular do Estado Brasileiro, sempre se falou do denominado “rombo previdenciário”, tanto no setor público como no setor privado, consequência de um sistema previdenciário falho e deficitário que não correspondia mais a realidade da sociedade brasileira. A fim de alterar esse modelo, ocorreram, no setor público, duas reformas previdenciárias substanciais, implementadas pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03, que alteraram diversos critérios para a concessão da aposentadoria dos servidores públicos.

Entre as mudanças conferidas pelo Poder Constituinte Derivado, pode-se citar a instituição da previdência complementar, nos termos do art. 40, parágrafo 14, da Carta Magna. De acordo com esse dispositivo constitucional, caso os entes federativos instituam o regime de previdência complementar para os servidores titulares de cargo efetivo, as aposentadorias e as pensões serão limitadas ao valor máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência que trata o art. 201 da Constituição Federal. O viés da proposta é justamente garantir o equilíbrio financeiro atuarial do sistema previdenciário, evitando gastos públicos demasiados com a previdência no serviço público.

O parágrafo 15 do art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, por sua vez, dispõe que o regime de previdência complementar no setor público observará as mesmas regras do regime privado, discriminadas no art. 202 da Carta Magna, devendo ser gerido por entidades fechadas, de natureza pública, oferecendo aos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

Dentro desse cenário, foi publicada, em 30 de abril de 2012, a Lei nº 12.618/2012, que institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargos efetivos, autorizando-se a criação de três entidades: Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud).

Com efeito, cumpre destacar que a natureza jurídica dessas entidades é de fundação pública, com personalidade jurídica de direito privado. Assim, apesar de terem sido instituídas pelo Poder Público, submetem-se a um regime jurídico híbrido, ou seja, caracterizado pela incidência do direito privado, parcialmente derrogado por regras de direito público, entre as quais pode se mencionar a obrigatoriedade do procedimento licitatório para aquisição e alienação de bens, a necessidade de concurso público para a contratação de pessoal, controle público interno e externo e a observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Ocorre que, diante desse hibridismo que marca o regime das fundações públicas de direito privado, surge uma série de questionamentos acerca de como tratar essas entidades no que tange a diversos aspectos da ordem constitucional administrativa.

Um desses aspectos concerne ao teto remuneratório no serviço público. A regra atual do teto remuneratório foi conferida pela Emenda Constitucional nº 41/2003 e consiste em uma limitação às remunerações, proventos e pensões percebidas pelos agentes públicos titulares de cargos, empregos e funções da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, pertencentes a quaisquer dos poderes das entidades federativas, conforme dispõe o art. 37, inciso XI, da Constituição Federal¹.

¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não

O limite remuneratório também se aplica, por disposição constitucional expressa (art. 37, parágrafo 9º, da CF), às empresas públicas e sociedade de economia mista dependentes, ou seja, aquelas entidades que recebem recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal ou custeio em geral. As entidades independentes, por sua vez, uma vez que possuem recursos próprios para despesas com pessoal, não se submetem ao teto remuneratório constitucional.

Adotando-se uma interpretação gramatical e literal do texto constitucional, chega-se à conclusão de que as entidades que integram o Funpresp, estariam submetidas ao teto remuneratório, na medida em que o art. 37, inciso XI, da Carta Magna, dispõe, expressamente, que a administração fundacional também está sujeita ao limite ali estabelecido. Ora, como as referidas entidades foram constituídas sob a forma de fundação pública, haveria que ser observada a regra do teto remuneratório, ante a expressão “administração fundacional” contida no referido dispositivo constitucional.

Entretanto, a questão não é tão simples quanto parece. Isso porque a natureza jurídica da fundação pública ainda é bastante controversa na doutrina e na jurisprudência, constituindo-se um dos temas mais espinhosos do direito administrativo pátrio. Assim, antes de analisar a questão específica das Funpresp-Exe, é preciso fazer uma breve análise acerca desse tema.

1 A PROBLEMÁTICA DA NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Com efeito, o Decreto-Lei nº 200/1967, que instituiu a “reforma administrativa”, no final dos anos 60, buscou garantir alguma sistematicidade e organicidade à administração federal brasileira. O Decreto-Lei dispôs sobre a distinção entre administração pública direta e indireta. Enquanto a primeira seria formada por órgãos da Administração, a segunda seria composta, de um lado, por autarquias, entidades com personalidade jurídica de direito público, e de outro, por empresas públicas e sociedades de economia mista, com personalidade jurídica de direito privado (art. 4º, inciso II, do Decreto-Lei nº 200/1967).

poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

Além disso, o Decreto-Lei equiparou, em um dispositivo apartado, as fundações instituídas e mantidas pela União às empresas públicas (art. 4º, inciso II, do Decreto-Lei nº 200/1967). Posteriormente, ocorreram sucessivas alterações do referido diploma legal. O dispositivo que equiparava as fundações instituídas e mantidas pela União às empresas públicas (art. 4º, inciso II, do Decreto-Lei nº 200/1967) foi revogado pelo Decreto-Lei nº 900/1969; o Decreto-Lei nº 2.299/1986 introduziu dispositivos para tratar das fundações, prevendo que elas integravam a administração indireta para efeitos de submissão às normas sobre gestão financeira e pessoal (art. 4º, §§ 2º e 3º, do Decreto-Lei nº 200/67); a Lei nº 7.596/1997 revogou os dispositivos anteriormente introduzidos pelo Decreto-Lei nº 2.299/1986, dando a redação atual dos dispositivos do Decreto-Lei nº 200/67 que tratam da figura da “fundação pública” (art. 4º, inciso II, alínea “d”, e art. 5º, inciso IV e § 3º, e art. 178 do Decreto-Lei nº 200/67), concebida como entidade da administração indireta *“dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”* (art. 5º, inciso IV, Decreto-Lei nº 200/67), à qual, todavia, não se aplicam as disposições do Código Civil que regulam as fundações, com exceção das regras sobre registro civil, conforme dispõe o art. 5º, § 3º, do referido diploma.

Ocorre que, durante o curso dessas alterações legislativas, o Supremo Tribunal Federal julgou o famoso *leading case* sobre a matéria, no qual firmou o entendimento de que as fundações instituídas pelo Poder Público - a depender do serviço gerido e do regime jurídico previsto em lei – poderiam, na verdade, ostentar personalidade jurídica de direito público, equiparando-se, portanto, às autarquias (RE 101126 – RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 01.03.1985). A propósito, confira-se a ementa do julgado proferido pelo Pretório Excelso, *in verbis*:

EMENTA: ACUMULAÇÃO DE CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO. - NEM TODA FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO É FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

- ÀS FUNDAÇÕES, INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO, QUE ASSUMEM A GESTÃO DE SERVIÇO ESTATAL E SE SUBMETEM A REGIME ADMINISTRATIVO PREVISTO,

NOS ESTADOS-MEMBROS, POR LEIS ESTADUAIS SÃO FUNDAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO, E, PORTANTO, PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO.” –

TAIS FUNDAÇÕES SÃO ESPÉCIE DO GÊNERO AUTARQUIA, APLICANDO-SE A ELAS A VEDAÇÃO A QUE ALUDE O PARÁGRAFO 2º DO ART. 99 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÃO, PORTANTO, CONSTITUCIONAIS O ART. 2º, PARÁGRAFO 3º DA LEI 410, DE 12 DE MARCO DE 1981, E O ART. 1º DO DECRETO 4086, DE 11 DE MAIO DE 1981, AMBOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.”

Conforme se pode observar da ementa transcrita, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a problemática concernente à constitucionalidade da extensão da proibição de acumulação de cargos, empregos e funções públicas à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPER/RJ, decidiu, à época, que os Estados federados poderiam instituir fundações com personalidade jurídica de direito público. Entretanto, é importante frisar, que isso não quis dizer que todas as fundações instituídas pelo Poder Público deveriam, obrigatoriamente, ser consideradas como pessoas jurídicas de direito público, como se autarquias fossem. Ou seja, a própria lei instituidora da entidade teria o papel de definir a personalidade jurídica da fundação (de direito público ou de direito privado), bem como a sua maior ou menor subordinação às normas e princípios publicistas que permeiam o regime jurídico administrativo.

Ressalte-se que a Emenda Constitucional nº 19/1998, nos moldes em que foi concebida, deixou claro a respeito da possibilidade de instituição de fundações com personalidade jurídica de direito privado, com regime jurídico similar ao das empresas estatais. Consoante disposto no art. 37, XIX, da Constituição Federal, com a redação dada pela referida emenda, “*somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação*”.

De acordo com a redação do dispositivo, as fundações, assim como ocorre com as empresas estatais, não seriam criadas diretamente por lei, mas sim instituídas pelo Poder Público com base em autorização legal, o que implica a necessidade de registro civil do respectivo ato instituidor/estatuto. E assim como as empresas estatais, as fundações estariam parcialmente submetidas ao regime jurídico administrativo - princípios

constitucionais da administração, concurso público para a seleção de pessoal, licitação para a celebração de contratos, controle público interno e externo -, diversamente do que ocorre com a administração direta, autarquias e fundações autárquicas (fundações públicas de direito público), que se submetem a regras de direito público sem qualquer derrogação.

Esse posicionamento encontra vasto respaldo na doutrina. A respeito do tema, confirmam-se os ensinamentos da administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in verbis*:

Formaram-se, basicamente, duas correntes: de um lado, a que defende a natureza privatística de todas as fundações instituídas pelo poder público, e, de outro, a que entende possível a existência de fundações com personalidade pública ou privada, a primeira das quais como modalidade de autarquia. Após a Constituição de 1988, há quem entenda que todas as fundações governamentais são pessoas jurídicas de direito público.

Colocamo-nos entre os que defendem a possibilidade de o poder público, ao instituir a fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado. Isto porque nos parece incontestável a viabilidade de aplicar-se, no direito público, a distinção que o Código Civil de 1916 continha entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: associações e sociedades, de um lado, e fundações, de outro; a distinção se mantém no novo Código Civil. [...]

Essa distinção é aplicável tanto às pessoas jurídicas privadas, como às pessoas jurídicas públicas. O Estado pode instituir pessoa jurídica constituída por sujeitos unidos (ainda que compulsoriamente) para a consecução de um fim que é ao mesmo tempo público (fiscalização do exercício da profissão) e de interesse específico dos associados (defesa dos interesses da classe), como ocorre com a OAB e demais entidades corporativas; como pode constituir pessoa jurídica dotada de patrimônio voltado a um fim que irá beneficiar pessoas determinadas, como ocorre com a Fundação de amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, o hospital das Clínicas, as Universidades Públicas, todas elas constituídas por um patrimônio destinado a atingir terceiros estranhos a essas entidades; o elemento humano que as compõe é mero instrumento para a consecução dos seus fins.

Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as

prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade.²

Assim, conforme se pode observar, verifica-se que a complexidade do tema é tamanha, que o próprio legislador, a jurisprudência e a doutrina controvertem-se sobre a verdadeira natureza jurídica das fundações públicas, predominando, atualmente, conforme salientado no trecho transcrito, o entendimento de que as referidas entidades poderão assumir personalidade de direito privado ou de direito público, a ser aferida por meio do exame da lei autorizadora da criação da fundação, bem como pelos seus elementos característicos, previstos nos estatutos. Nesse sentido, Raquel Melo Urbano de Carvalho, após realizar um estudo aprofundado da matéria, chega à seguinte conclusão, *in litteris*:

A título de conclusão, portanto, tem-se que a fundação é uma categoria relativa tanto à esfera do Direito Civil, quanto à do Direito Administrativo. Podem ser particulares ou governamentais: a) as fundações particulares são instituídas por particulares, regidas inteiramente pelo Código Civil, sem nenhuma participação do Estado em sua instituição; b) a fundação governamental é instituída pelo Estado, sendo gênero do qual são espécies: a fundação instituída sob o regime de direito público e a fundação submetida ao regime de direito privado. A natureza jurídica pública ou privada da fundação governamental resulta do exame da lei instituidora e dos seus elementos característicos e dos estatutos.”³

2 A NATUREZA JURÍDICA DA FUNPRESP-EXE E A REPERCUSSÃO EM RELAÇÃO À REGRA DO TETO REMUNERATÓRIO CONSTITUCIONAL

Com efeito, a problemática da natureza jurídica das fundações acaba por ter implicações no que tange à incidência do teto remuneratório na Administração Pública. Isso porque, conquanto o art. 37, inciso XI, da Carta Magna, preceitue que o limite remuneratório aplica-se a todas as entidades, o próprio texto constitucional excepciona essa regra em relação

² DI PIETRO, Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 444 ss.

³ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2009. p.793.

às empresas públicas e sociedades de economia mista independentes (art. 37, parágrafo 9º, da CF).

Nesse contexto, cumpre analisar se a Funpresp-Exe, na qualidade de fundação pública, com personalidade jurídica de direito privado, no concernente ao teto remuneratório, enquadram-se na regra do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, ou se submetem à mesma disciplina das empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades que se sujeitam ao teto constitucional de acordo com o grau de dependência em relação aos recursos públicos para pagamento de despesas com pessoal e custeio de despesas em geral.

Ora, considerando o que foi explanado a respeito da complexidade e das nuances que envolvem a natureza das fundações públicas e seus respectivos regimes jurídicos, uma interpretação gramatical, literal e estanque do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, não se mostraria consentânea com a concepção doutrinária e jurisprudencial atual sobre a matéria, na qual se constata, repita-se, duas figuras jurídicas distintas: a fundação pública de direito público (fundação autárquica) e a fundação pública de direito privado.

Com efeito, uma exegese literal do referido dispositivo constitucional resultaria no enquadramento, em uma mesma regra, de fundações públicas com regimes jurídicos completamente diversos, quando o próprio texto constitucional confere um tratamento diferenciado nesse aspecto às empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades da Administração Pública, com personalidade jurídica de direito privado, que, caso sejam independentes, não se submetem ao teto remuneratório.

Destarte, uma solução mais prática e plausível da questão deve passar, necessariamente, por um novo viés interpretativo das normas aplicáveis ao caso, considerando a dualidade de regimes jurídicos aplicáveis às fundações públicas e suas respectivas implicações no regime jurídico administrativo e, consequentemente, na incidência ou não do teto remuneratório.

Nesse panorama, observa-se que a *ratio essendi* de duas disciplinas constitucionais para o teto remuneratório na Administração Pública (art. 37, XI e art. 37, parágrafo 9º) visa, justamente, conferir um tratamento diferenciado a situações que são, de fato, juridicamente distintas. O limite incidirá justamente para evitar que os cofres públicos sejam onerados por remunerações demasiadamente elevadas no setor público, coibindo-se, assim, gastos exorbitantes com despesas de pessoal. Por outro lado, se a entidade não receber recursos públicos para sua manutenção, como é o caso das empresas públicas e sociedades de economia mista independentes, não haverá razão para que incida o teto remuneratório.

Assim, em razão do que foi exposto, a despeito do disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, é possível concluir que as fundações públicas, a depender de sua natureza jurídica, seguirão regras diferentes no que tange ao teto remuneratório. As fundações públicas, com personalidade jurídica de direito público, submeter-se-ão, indubitavelmente, ao teto constitucional, porquanto, conforme proclamado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, seguem o mesmo regime jurídico das autarquias e, por isso, suas despesas são custeadas pelos cofres públicos. As fundações públicas, com personalidade jurídica de direito privado, entretanto, ostentam regime jurídico híbrido (regime privado, parcialmente derrogado por regras de direito público), aproximando-se do regramento ao qual se submetem as empresas públicas e sociedades de economia mista e, em razão disso, a incidência do limite remuneratório dependerá do fato de a fundação receber ou não recursos para o pagamento de pessoal ou custeio em geral. A respeito do tema, oportuna a transcrição do seguinte trecho do Projeto Fundação Estatal – Perguntas e Respostas, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, *in verbis*:

Questão 6:

Aplica-se à fundação estatal a observância do teto de remuneração dos servidores?

Não. Considerando que a Constituição deve ser interpretada de maneira harmônica e sistêmica, o disposto no inciso XI do art. 37 somente deve ser aplicável aos servidores e empregados da administração direta, das autarquias e das fundações autárquicas de direito público. Se por similaridade, as fundações estatais de direito privado devem perfilar-se às empresas públicas e sociedades de economia mista em decorrência de seu regime de direito privado, a correta hermenêutica do disposto no inciso XI é a de que os entes públicos de direito público devem observar a imposição do teto salarial, regramento não aplicável aos entes públicos de direito privado, como as empresas e as fundações estatais.⁴

Esse raciocínio tem sido acolhido, majoritariamente, pela doutrina pátria, conforme esclarece Raquel Melo Urbano de Carvalho, destacando que tem prevalecido o entendimento no sentido de que as

⁴ Disponível em: <<http://www.idisa.org.br/img/File/FundacaoestatalMinPlanperguntasposta.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2013.

fundações públicas, com personalidade jurídica de direito privado, também podem ser enquadradas dentro das categorias de “dependentes” ou “independentes” – previstas para empresas públicas e sociedades de economia mista – para fins de submissão ou não aos limites estabelecidos pela lei de Responsabilidade Fiscal, *in litteris*:

Cumpre esclarecer uma importante conclusão que se entende decorrer da possibilidade de as fundações serem computadas no orçamento público como prestação de serviços, nos termos em que concebido no atual projeto federal. As fundações estarão, do ponto de vista formal, fora dos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal. O modelo concebido para as fundações atualmente assenta-se em afirmada autonomia orçamentária, não havendo sequer a dependência exigida para a sujeição à Lei Complementar 10.

A este propósito, cumpre observar que o artigo 1, §3º, I ‘b’ da Lei de Responsabilidade Fiscal determina que nas referências à União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão compreendidas as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes. Destarte, a LRF aplica-se aos entes da Federação, aos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), Ministério Público, Tribunais de Contas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais (exploradoras de atividades econômicas e prestadoras de serviços públicos) dependentes. Empresa estatal dependente, nos termos do inciso II do artigo 2º da LC 101, é a sociedade que recebe do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos os recursos advindos de aumento de participação acionária.

Do referido contexto, poder-se-ia concluir, com base na literalidade dos dispositivos, que as fundações públicas, de direito ou público ou privado, estariam, sujeitas aos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal. Isto porque o caráter dependente só foi atribuído à empresa estatal, conceito em que não se incluem, em princípio, as fundações. As fundações estariam submetidas à LRF, assim como as autarquias e entes federativos.

Não é esta, contudo, a orientação que vem predominando na doutrina. O entendimento majoritário é no sentido de que a Lei de Responsabilidade Fiscal atinge as fundações de direito privado às

quais sejam repassados recursos públicos, acompanhando, o mesmo critério utilizado para a classificação de empresa ‘controlada’ ou ‘dependente’. Assim, a fundação se enquadraria em uma ou em outra hipótese consoante tais recursos fossem, ou não, destinados a despesas de pessoal, custeio ou capital.

Consequentemente, se a fundação não receber do ente federativo repasses destinados diretamente para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, não se enquadra no conceito de entidade dependente e, assim, estará fora dos limites da LRF. Considerando que, na estrutura concebida para implementação após aprovação do PLP nº 92/07, a fundação somente receberá da União pelos serviços prestados conforme acordo, conclui-se que a entidade administrativa poderá se manter com recursos próprios. Não será considerada dependente e, assim, não se sujeitará à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Reitere-se, portanto, que quando a renda de uma fundação advier de serviços prestados a órgãos públicos ou entidades da Administração, nos termos do acordo firmado com pessoa federativa, a regra passa a ser a não-incidência dos limites fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal. Os limites deste diploma somente vinculariam as fundações governamentais privadas na hipótese de recebimento de recursos financeiros diretamente do ente federativo para pagamento de despesas de pessoal ou de despesas de custeio ou de capital.⁵

Consoante se pode observar, após constantes debates na doutrina e na jurisprudência, embora a matéria não tenha alcançado a almejada pacificação, tem-se entendido, em uma interpretação sistemática e harmônica da Constituição Federal, que as fundações públicas, com personalidade jurídica de direito privado, justamente por ostentarem regime jurídico semelhante aos das empresas públicas e sociedades de economia mista, devem receber o mesmo tratamento jurídico, o que justifica a categorização dessas entidades em “dependentes” ou “não dependentes” para fins de incidência do teto remuneratório, aplicando-se o art. 37, parágrafo § 9º, da Constituição Federal.

Nesse contexto, indaga-se: a Funpresp-Exe, na qualidade de fundação pública de direito privado, é considerada dependente ou não dependente, nos termos da classificação acima citada?

⁵ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2009. p.801-802.

Com efeito, conforme já salientado, depreende-se do art. 37, parágrafo 9º, da Constituição Federal, que o conceito de dependência e independência está relacionado com o fato de entidade receber ou não recursos públicos para pagamento de despesas com pessoal e custeio em geral.

Os conceitos também foram abordados na Lei de Responsabilidade Fiscal, que trata a empresa dependente como entidade controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária (art. 2º, inciso III, da Constituição Federal⁶).

No particular, cumpre destacar que a Funpresp-Exe, nos termos do art. 4º, parágrafo 1º, da Lei nº 12.618/2012, é dotada de autonomia administrativa, financeira e gerencial e, conforme preceitua o art. 10 do referido diploma legal, deverá ser mantida integralmente por suas receitas, oriundas das contribuições de patrocinadores, participantes e assistidos, dos resultados financeiros de suas aplicações e de doações e legados de qualquer natureza, observado o disposto no § 3º do art. 202 da Constituição Federal. Tal dispositivo constitucional veda o aporte de recursos financeiros por parte da União, Estados, Distrito Federal e Município às entidades de previdência privada, salvo na qualidade patrocinadores.

Ressalte-se, ainda, que o custeio da máquina administrativa da Funpresp-Exe, nos termos do art. 9º, parágrafo 1º da Lei nº 12.618/12, será realizada pelos patrocinadores, participantes e assistidos, conforme previsto no regulamento de planos de benefícios, limitando-se aos valores estritamente necessários à sustentabilidade do funcionamento dessas entidades.

Diante desse cenário, pode-se concluir que a Funpresp-Exe caracteriza-se como fundação pública independente, porquanto, não recebe recursos orçamentários para o pagamento de despesas com pessoal, custeio geral ou de capital. Com efeito, o fato de haver o aporte de recursos públicos a essa entidade, que, eventualmente, poderão ser utilizados para custear a máquina administrativa, não retira a característica da independência, na medida em que os valores são vertidos em razão de obrigação estritamente contratual, assumida pela União,

⁶ Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: [...] III - empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária;

Estados, Distrito Federal e Municípios na qualidade de patrocinadores da previdência complementar do servidor público.

Destaca-se que o erário não é onerado pelo custeio da Funpresp-Exe, pois os aportes de recursos públicos feitos àquela entidade não tem natureza orçamentária, consistindo em contribuições vertidas a título contratual, com repasses regulares, previsíveis e planejáveis. O sistema da Funpresp-Exe foi construído justamente para não onerar os cofres públicos, sendo que eventual déficit do fundo de previdência complementar não será suportado pelo Tesouro Nacional, o que reforça a característica de independência dessas entidades.

Assim, considerando-se a forma em que o sistema da Funpresp-Exe foi juridicamente concebido e estruturado pelo Poder Público, conclui-se que a referida entidade ostenta natureza jurídica de fundação pública, com personalidade jurídica de direito privado, de natureza independente, e, por isso, não se submetem ao teto remuneratório constitucional, nos termos do art. 37, parágrafo 9º, da Constituição Federal.

Nada obstante, apesar dessa constatação, observa-se que a própria Lei nº 12.618/12, criadora do regime de previdência complementar, dispôs, em seu art. 5º, parágrafo 8º, que a remuneração da diretoria executiva da Funpresp-Exe deveria observar o teto constitucional, *verbis*:

Art. 5º A estrutura organizacional das entidades de que trata esta Lei será constituída de conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria executiva, observadas as disposições da Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001.

§ 8º A remuneração e as vantagens de qualquer natureza dos membros das diretórias executivas das entidades fechadas de previdência complementar serão fixadas pelos seus conselhos deliberativos em valores compatíveis com os níveis prevalecentes no mercado de trabalho para profissionais de graus equivalentes de formação profissional e de especialização, observado o disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal.

Assim, embora, constitucionalmente, a Funpresp-Exe não esteja sujeita ao teto remuneratório do serviço público, certo é que a remuneração da diretoria executiva deverá observar esse limite, tendo em vista a restrição prevista no art. 5º, parágrafo 8º, da Lei nº 12.618/2012.

Delineado esse contexto, exsurge o questionamento principal e prático da presente artigo: no caso de cessão de servidor público para ocupar a função de Diretor Executivo da Funpresp-Exe, o somatório da

remuneração percebida no órgão de origem com a retribuição pecuniária da função de diretoria exercida na fundação pública poderá ultrapassar o teto constitucional?

Com efeito, seguindo o raciocínio deduzido neste artigo, tem-se que a cessão de servidor público à Funpresp-Exe deve seguir as mesmas regras aplicáveis às empresas públicas e sociedade de economia mista, tendo em vista a similaridade do regime jurídicos dessas entidades. Nesses casos, havendo a opção pela retribuição pecuniária normalmente paga pelas empresas estatais, elas mesmas serão responsáveis diretamente pelo pagamento da remuneração do servidor, sendo dispensável qualquer tipo de reembolso às entidades cedentes. Entretanto, na hipótese de o servidor “optar pela remuneração do cargo efetivo ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual da retribuição do cargo em comissão”, ou seja, quando o servidor optar pela remuneração de seu vínculo originário, a entidade cedente é quem efetuará o pagamento do servidor, cabendo à entidade cessionária promover o reembolso dessas despesas (art. 93, parágrafo 2º, da Lei nº 8.112/90⁷)

No concernente ao teto remuneratório, a Lei 8.852/94, que regulamenta os art. 37, inciso XI e XII e art. 39, parágrafo 1º, da Constituição Federal, dispõe, em seu art. 4º, inciso I⁸, que a referida limitação também se aplicará à hipótese de cessão de servidor público, incidindo sobre o somatório das remunerações percebidas no órgão/entidade cedente e no órgão/entidade cessionário.

Ocorre que a norma em comento entrou em vigor antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, que criou novas disposições acerca do teto remuneratório no serviço público, tendo sido incluído, inclusive, o parágrafo 9º do art. 37 da Constituição Federal, que excluiu do referido limite as empresas públicas e sociedades de economia mista independentes.

Nesse contexto, mostra-se ilógico e incoerente com o regramento constitucional que - na hipótese de um servidor cedido a uma empresa pública ou sociedade de economia mista de natureza independente - o somatório das remunerações percebidas na entidade de origem e na

⁷ Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses: (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91) (Regulamento) (Vide Decreto nº 4.493, de 3.12.2002) (Regulamento) (...) § 2º Na hipótese de o servidor cedido a empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos das respectivas normas, optar pela remuneração do cargo efetivo ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual da retribuição do cargo em comissão, a entidade cessionária efetuará o reembolso das despesas realizadas pelo órgão ou entidade de origem.

⁸ Art. 4º O disposto nos arts. 1º a 3º aplica-se também: I – ao somatório das retribuições pecuniárias percebidas por servidores ou empregados cedidos ou requisitados provenientes de todas as fontes;

entidade cessionária sejam limitadas pelo teto constitucional. Ora, se entidade à qual o servidor foi cedido não se submete ao teto do serviço público, não há fundamento jurídico para que seja observada a referida limitação remuneratória, cabendo, apenas, à entidade cessionária efetuar o reembolso de todas as despesas realizadas pelo órgão ou entidade de origem, conforme dispõe o art. 93, parágrafo 2º, da Lei nº 8.112/90.

Destarte, considerando-se que a Funpresp-Exe é uma fundação pública de direito privado independente, não se submetendo, portanto, à regra do teto remuneratório constitucional, tem-se que, no caso de cessão de servidor público à referida entidade, o somatório das remunerações percebidas na entidade de origem e na entidade cessionária poderá extrapolar o limite discriminado no art. 37, inciso XI da Constituição Federal.

3 CONCLUSÃO

De acordo com o que foi explanado ao longo do artigo, conclui-se que as entidades que integram a Funpresp-Exe apresenta natureza jurídica de fundação pública, com personalidade jurídica de direito privado e ostenta regime jurídico híbrido (regime privado, parcialmente derrogado por regras de direito público), aproximando-se, no concernente à regra do teto remuneratório constitucional, do regramento constitucional ao qual se submetem as empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 37, parágrafo 9º, da Constituição Federal). Em razão disso, a incidência do limite remuneratório dependerá do fato de a fundação pública receber ou não recursos públicos para o pagamento de pessoal ou custeio em geral.

Ora, considerando-se a forma em que o sistema da Funpresp-Exe foi juridicamente concebido e estruturado pelo Poder Público - sem onerar o Tesouro Nacional -, a entidade ostenta natureza jurídica de fundação pública de direito privado independente e, por isso, não se submete ao teto remuneratório constitucional, nos termos do art. 37, parágrafo 9º, da Constituição Federal.

Contudo, a fixação da remuneração dos membros da Diretoria Executiva dessas entidades deverá observar o teto constitucional do serviço público, não em razão do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, mas sim por força da restrição prevista no art. 5º, parágrafo 8º, da Lei nº 12.618/2012. Entretanto, na hipótese de cessão de servidor público à fundação pública previdenciária, caso haja a opção pela remuneração do cargo efetivo, acrescida da retribuição da função comissionada exercida na Funpresp-Exe, tem-se que o somatório das remunerações poderá ultrapassar o teto constitucional.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

RECEPÇÃO E HIERARQUIA DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*RECEPTION AND HIERARCHY OF INTERNATIONAL CONVENTIONS
IN BRAZILIAN LAW*

*Vinícius de Azevedo Fonseca
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As proposições teóricas: Monismo e Dualismo; 1.1 Monismo; 1.1.1 Monismo de direito interno; 1.1.2 Monismo de direito internacional; 1.2 Dualismo; 1.3 Breves conclusões; 2 A Recepção das Convenções Internacionais no Brasil; 3 A Hierarquia das Convenções Internacionais no Brasil; 3.1 A matéria na Constituição Federal; 3.2 A jurisprudência; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: Com a finalidade de auxiliar na execução das atribuições dos advogados da União lotados no Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União, este trabalho apresenta um estudo sobre a recepção e a hierarquia das convenções internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, realiza prévia e breve dissertação sobre as concepções teóricas ligadas ao assunto (monismo e dualismo). Após, detalha o procedimento de internalização dos tratados na ordem jurídica nacional. E, por fim, adentra ao tema da hierarquia dos tratados ante a legislação doméstica, aferindo o tratamento dispensado à questão pela Constituição Federal e pela jurisprudência. Os assuntos são tratados de forma crítica, no intuito de incentivar a busca por soluções para a problemática dos conflitos entre normas internas e internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional. Tratados Internacionais. Internalização. Hierarquia Normativa.

ABSTRACT: With the purpose of assisting the execution of the duties by the State Attorneys placed in the International Department of the Office of the Solicitor General of the Union, this work presents a study of the reception and the hierarchy of international conventions in the Brazilian legal system. To such end, performs prior and brief dissertation on the theoretical concepts related to the subject (monism and dualism). After, details the procedure of the internalization of treaties in national legal order. And finally, the essay enters the subject of the hierarchy of treaties before domestic legislation, assessing the treatment of the issue by the Constitution and by the Courts. The subjects are treated critically, in order to encourage the search for solutions to the problem of conflicts between domestic and international law.

KEYWORDS: International Law. International Treaties. Internalization. Normative Hierarchy.

INTRODUÇÃO

De acordo com o art. 8º do Ato Regimental nº 5/2002 (redação alterada pelo Ato Regimental nº 1, de 1º de abril de 2005), compete ao Departamento Internacional (DPI) da Procuradoria-Geral da União (PGU), auxiliar o Procurador-Geral no assessoramento ao Advogado-Geral da União nas questões de Direito Internacional, inclusive no processo de celebração de tratados, acordos e ajustes internacionais, bem assim na representação judicial e extrajudicial da União nas causas ou controvérsias em foro estrangeiro e em processos judiciais perante os órgãos judiciários brasileiros, decorrentes de tratados, acordos ou ajustes internacionais ou em execução dos pedidos de cooperação judiciária internacional.

De outra parte, o art. 27 do Anexo I do Decreto nº 7392/2010 dispõe que são competências do DPI:

I - planejar, coordenar e supervisionar as atividades relativas à representação e defesa judicial da União nas matérias de direito internacional; II - assistir judicialmente a União em demandas relacionadas a Direito Internacional e nas execuções de pedidos de cooperação judiciária internacional; e III - representação judicial e extrajudicial da União, observada a competência específica de outros órgãos, em processos judiciais perante os órgãos judiciários brasileiros, decorrentes de tratados, acordos ou ajustes internacionais ou em execução dos pedidos de cooperação judiciária internacional.

Dessarte, vislumbra-se que as convenções internacionais têm papel primordial na execução de todas as competências do Departamento Internacional, desde o assessoramento na celebração de tratados, até a representação da União em foros estrangeiros, passando pela execução de pedidos de cooperação judiciária.

Assim, para o desempenho das competências previstas, revela-se fundamental o entendimento, pelo advogado da União lotado no DPI, de como se dá o relacionamento das convenções internacionais com a legislação doméstica.

Em específico, o procurador público deve ser convededor do procedimento de incorporação das convenções internacionais ao ordenamento jurídico nacional, bem como, da posição hierarquia que as convenções internacionais incorporadas ostentam frente à legislação interna.

Com efeito, não raras vezes, o advogado da União lotado no DPI se deparará com uma determinada legislação interna e um tratado internacional versando sobre a mesma matéria, apresentando, porém,

soluções ou caminhos distintos e incompatíveis. Nesses casos, surgirá o questionamento: qual deve prevalecer, a norma internacional ou a interna?

Neste sentido, Francisco Rezek alerta para o fato de que “[...] o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma proposição doutrinária”¹.

A realidade mostra que a descentralização da sociedade internacional propicia a cada Estado a faculdade de determinar as regras de composição entre o Direito das Gentes e as suas próprias normas jurídicas².

Desta forma, as convenções internacionais, fontes de Direito Internacional sobre as quais este trabalho terá enfoque³, gozam de diverso relevo hierárquico nos diferentes ordenamentos jurídicos estatais.

Esta é, pois, a problemática a ser desenvolvida no presente trabalho, avaliar o posicionamento hierárquico das convenções internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, tomando também em conta o procedimento de sua recepção pela ordem jurídica interna, tudo com a finalidade de facilitar a execução das competências do Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União, pelo advogado da União lotado nesse órgão.

Antes de expor a estrutura e a sistematização do trabalho, cumpre referir que os termos *tratados, convenções e acordos internacionais* serão empregados, no decorrer deste, como sinônimos.

Isso esclarecido, passa-se à estruturação do trabalho.

Para atingir os fins pretendidos, far-se-á necessário, antes de tudo, tomar em conta, ainda que de forma resumida, as proposições doutrinárias sobre as relações entre o Direito Internacional e o nacional, que se dividem, em seus extremos, nas teses dualista e monista.

Feita esta abordagem doutrinária, se seguirá a análise do procedimento de recepção das convenções pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, será o momento de abordar a hierarquização dos tratados internacionais no escalonamento da ordem jurídica nacional, verificando as previsões constitucionais e a posição da jurisprudência sobre o tema.

¹ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*: curso elementar, São Paulo, p.102.

² Ibidem, p. 103.

³ Atente-se para as demais fontes de direito internacional, listadas no art. 38º do Estatuto do Tribunal International de Justiça, às quais se somam os atos jurídicos unilaterais dos Estados e o direito das organizações internacionais (FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. *Direito Internacional Público*, Coimbra, p. 93 ss).

1 AS PROPOSIÇÕES TEÓRICAS: MONISMO E DUALISMO

Surgidas no início do século passado⁴ e merecedoras de grande destaque nos debates sobre as relações entre os sistemas jurídicos internacional e internos em um passado recente, as proposições teóricas (monismo e dualismo) têm cedido espaço aos efeitos práticos desse inter-relacionamento.

Os autores modernos na área do Direito Internacional Público têm resumido o papel do debate puramente teórico a uma mera introdução aos casos práticos da vida internacional, o que de resto é o mesmo que ocorre no presente trabalho.

Uma tomada de posição firme a favor de uma ou outra corrente já não se mostra producente, tendo em vista que as práticas dos Estados acabaram por misturar as características das duas teses, criando variações das teorias originais (monismo e dualismo moderados).

A improdutividade do duelo monismo *versus* dualismo por si só é assente na doutrina contemporânea. Francisco Ferreira de Almeida, por exemplo, classifica a questão como “[...] tão intrincada quanto estéril”⁵. Por sua vez, Ian Brownlie é categórico ao afirmar que: “[...] on the whole question of the relation between municipal and international law theoretical constructions have probably done much to obscure realities”⁶.

Entretanto, embora as proposições teóricas tenham perdido espaço e mesmo sofrido críticas, a verdade é que a sua compreensão não pode ser considerada desnecessária.

A teoria que sustenta a completa independência entre o Direito Internacional e as legislações internas (dualismo) e a sua opositora, que prega a existência de uma unidade no mundo jurídico (monismo), ainda têm a sua relevância e serão brevemente colocadas a seguir.

1.1 MONISMO

Em linhas gerais, os monistas defendem a existência de uma teoria total do direito, fundada em um princípio fundamental que propicie a unificação do Direito Internacional e do direito interno⁷.

Ou seja, para o monismo, os sistemas jurídicos internacional e nacionais são na verdade um só, dentro do qual não pode haver conflito

⁴ REIS, Márcio Monteiro. Mercosul, União Européia e Mercosul: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais, Rio de Janeiro, p. 83.

⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p.57.

⁶ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford, p. 55.

⁷ MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, Coimbra, p.137.

de normas. As possíveis incompatibilidades existentes dentro deste sistema único seriam então resolvidas através de “[...] meta-regras identificadoras das normas superiores do sistema jurídico”⁸.

No entanto, esta concepção pode ser vista por uma dupla perspectiva, consoante se dê preponderância ao direito interno ou ao Direito Internacional.

1.1.1 MONISMO DE DIREITO INTERNO

O monismo de direito interno assenta em uma perspectiva fortemente voluntarista e positivista, segundo a qual o direito interno deve sempre prevalecer, visto tratar-se da única ordem jurídica existente.

Para os defensores desta corrente, dentre os quais se destacam Zorn, Wenzel e Jellinek⁹, o Direito Internacional seria mero produto da autolimitação dos Estados, aparecendo, pois, como um *direito estadual externo*¹⁰, do qual sequer derivaria responsabilidade internacional para o Estado.

Salta aos olhos, portanto, o descabimento de tal tese, uma vez que aceitá-la seria o mesmo que negar a existência do Direito Internacional como disciplina autônoma da ciência jurídica, o que não se pode admitir.

Da mesma forma, os sustentadores desta doutrina parecem ter esquecido da existência de normas internacionais que vigoram nas ordens internas independentemente da vontade do Estado, como é o caso do Direito Internacional geral ou comum¹¹.

Por último, um matiz prático descarta por completo a validade do monismo de direito interno hodiernamente, eis que, como bem salienta Francisco Rezek: “[...] não se coloca em dúvida, em parte alguma, a prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores à sua promulgação”¹². Ou seja, na prática, está de plano descartada a hipótese de o direito interno sempre se sobrepor ao Direito Internacional.

1.1.2 MONISMO DE DIREITO INTERNACIONAL

O monismo de Direito Internacional, em suma, prevê a homogeneidade do sistema jurídico, porém, com o primado do Direito Internacional sobre o interno.

⁸ MACHADO, op. cit., p. 138.

⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 61.

¹⁰ Para esta expressão: Ferreira de Almeida e Jónatas Machado.

¹¹ Sobre o direito internacional geral ou comum: ALMEIDA, op. cit., p. 50, 51 e 70.

¹² REZEK, op. cit., p. 104.

Para os defensores desta tese, a verdadeira soberania reside no Direito Internacional, do qual deriva a construção do Estado, das soberanias estaduais e das suas legislações internas.

Hans Kelsen, um dos maiores expoentes desta corrente, procurou sustentá-la sob o argumento de que tanto o Direito Internacional como o direito interno receberiam sua validade de uma norma fundamental comum, que o jurista austríaco, de início, definiu como sendo o princípio *pacta sunt servanda*, para em um segundo momento centrar na assertiva de que os Estados deveriam comportar-se como habitualmente¹³.

Kelsen foi representante da vertente mais extremista desta teoria, a qual afirmava que o conflito de quaisquer normas internas com o Direito das Gentes acarretaria a nulidade daquelas.

A esse respeito, Ferreira de Almeida bem observa que tal só seria possível se a comunidade internacional estivesse estruturada como um tipo de Estado federal, o que não é o caso¹⁴.

Ainda na linha crítica ao monismo de Direito Internacional, Ian Brownlie alerta que esta corrente doutrinária afronta os corolários da existência de Estados soberanos, reduzindo a legislação interna ao *status de pensioner* das normas internacionais e o Estado a um ente abstrato¹⁵.

Cabe ainda referir a existência de uma corrente de monismo de Direito Internacional de pensamento mais moderado, representada, entre outros, por Verdross, para quem a ordem internacional delimitaria o campo de atuação do legislador interno, que, no entanto, ainda disporia de certa margem de manobra para a criação das leis estaduais¹⁶.

Merece destaque a avaliação do Doutor Francisco Ferreira de Almeida em relação a esta doutrina. O professor de Coimbra assinala que dois fatores apontam para a aceitação da versão moderada do monismo de Direito Internacional.

Em primeiro lugar, o aumento constante do número de normas internacionais que vigoram no plano interno sem a necessidade do consentimento do Estado (*v.g.* Direito Internacional geral ou comum). E, em seguida, a redução do leque de matérias que se enquadram no domínio legislativo reservado do Estado¹⁷.

¹³ MACHADO, op. cit., p. 139 e 140.

¹⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. p. 62.

¹⁵ BROWNLIE, op. cit. p. 32.

¹⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 62.

¹⁷ Ibidem, p. 63- 64.

1.2 DUALISMO

Em oposição à teoria monista, o dualismo pressupõe uma absoluta distinção entre a ordem jurídica nacional e a internacional.

Isto porque o ordenamento jurídico internacional se prestaria a mediar relações entre Estados, enquanto os ordenamentos nacionais regulariam as relações entre os indivíduos, bem como entre estes e o Estado¹⁸. Desta forma, segundo um entendimento dualista, apenas os Estados seriam sujeitos de Direito Internacional, mas nunca os indivíduos.

Deste raciocínio também emerge uma distinção quanto à natureza jurídica de ambos os ordenamentos. Enquanto as ordens jurídicas internas se baseariam em um modelo de subordinação entre Estado e pessoa, o Direito Internacional visaria apenas a coordenação das relações interestaduais¹⁹.

Outro argumento utilizado pelos dualistas em favor da sua tese é o fato de que o Direito Internacional dependeria da vontade comum de vários Estados, enquanto as normas internas derivariam da vontade unilateral de um único Estado²⁰.

Como consequência da total separação entre os ordenamentos jurídicos, as normas internacionais somente teriam validade na esfera estadual após serem transformadas, por via legislativa ou através de outro ato jurídico, em direito interno²¹.

Nesta senda, vale a observação de Ian Brownlie, segundo quem, o Estado, ao aplicar uma norma de Direito Internacional em determinado caso, estaria na verdade apenas exercendo seu poder de legislação interno, através da transformação do Direito Internacional em doméstico²².

Outra consequência da concepção dualista é que, pelo fato de os ordenamentos serem estranhos um ao outro, não haveria possibilidade de conflitos entre normas internacionais e nacionais.

Esta perspectiva foi bem representada por H. Triepel, principal expoente da teoria dualista, ao formular uma imagem de duas circunferências (representando os ordenamentos internacional e interno) muito próximas, mas sem nenhum ponto de intersecção²³.

¹⁸ BROWNLIE, op. cit., p. 32.

¹⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 59.

²⁰ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64.

²¹ MACHADO, op. cit., p. 141.

²² BROWNLIE, op. cit., p. 32.

²³ REIS, op. cit., p. 84.

Da mesma forma que a teoria monista, o dualismo colheu diversas críticas entre os jusinternacionalistas.

Duas delas encontram-se na base da tese. De um lado na concepção de que a formação de normas internacionais pressuporia vontade coletiva dos Estados, e de outro na indicação destes como os únicos sujeitos de Direito Internacional.

Vê-se logo que a tese dualista remete a uma ideia de soberania estadual absoluta, o que já não se concebe²⁴. Tal constatação é reflexo do fato de a teoria dualista ter encontrado seu auge durante o apogeu do nacionalismo imperial das potências europeias²⁵.

De outra parte, e como seguimento desse raciocínio, está claro que as premissas dualistas adequam-se ao modelo de Vestefália dos Estados soberanos, momento historicamente já ultrapassado²⁶.

Igualmente, aspectos de cunho prático parecem também não recomendar a tese. Em primeiro lugar, ao apregoar que toda norma internacional deve ser transformada para valer no ordenamento jurídico interno, os dualistas ignoram a aplicabilidade direta do Direito Internacional geral ou comum na ordem interna.

Em segundo lugar, e aqui um problema grave, é totalmente insustentável o argumento de que não há conflito entre o Direito Internacional e as legislações estaduais.

1.3 BREVES CONCLUSÕES

Ao final, é possível concluir que a exaltação, a nível global, dos direitos humanos, da democracia, do respeito ao meio ambiente, etc., apontam para uma perspectiva muito mais monista do ordenamento jurídico mundial.²⁷ No entanto, daí a afirmar que a ordem jurídica internacional é uma só parece um passo demasiadamente largo e precoce.

Da mesma forma, os métodos de incorporação das convenções internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais de alguns Estados, que por vezes incluem procedimentos complexos, acabam por trazer à tona nuances da doutrina dualista.

De toda maneira, como referido anteriormente, a tomada de posição ao lado de uma ou outra teoria não mostra qualquer valor. Os sistemas dos diferentes Estados, por vezes, mesclam características

²⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 59.

²⁵ MACHADO, op. cit., p. 142.

²⁶ Sobre a evolução histórica do Direito Internacional: FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 29 ss.

²⁷ MACHADO, op. cit., p.142.

dualistas (*v.g.* na incorporação dos tratados) e monistas (*v.g.* na hierarquia das convenções), dando forma às modalidades moderadas das duas vertentes teóricas.

Desta forma, atualmente, o objetivo maior a ser alcançado, não é a procura de uma harmonia formal entre os ordenamentos jurídicos, através de criações teóricas, mas sim a viabilização da coexistência e da correlação entre estes²⁸.

2 A RECEPÇÃO DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO BRASIL

As convenções internacionais celebradas pelo Brasil necessitam ser recepcionadas pelo ordenamento jurídico nacional para que surtam efeitos internamente. Assim, a simples assinatura e até mesmo, como será visto adiante, a ratificação de um tratado internacional pelo Estado brasileiro não acarretam a vigência automática desta norma internacional na ordem interna.

Resultado da divisão das competências entre os Poderes Executivo e Legislativo, o Brasil adota, para a recepção de tratados internacionais, um *iter procedimental* complexo que pode ser desta forma sintetizado: negociação, assinatura, aprovação, ratificação, promulgação e publicação.

A competência exclusiva para a celebração de tratados no Brasil é do Presidente da República, conforme dispõe o art. 84, VIII da Constituição Federal de 1988²⁹, doravante CF³⁰.

Conforme se denota da própria disposição constitucional supracitada, o tratado internacional celebrado pelo Poder Executivo está sujeito à aprovação do Congresso Nacional, a quem, nos termos do art. 49, I da CF³¹, cabe resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Através da aprovação da convenção internacional, o Congresso Nacional manifesta seu assentimento para a conclusão do ato, assim como demonstra concordar com a matéria nele contida³².

²⁸ BROWNLIE, opus citatum, p. 50.

²⁹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

³⁰ O Decreto nº 99.578/90 atribui ao Itamaraty (Ministério das Relações Exteriores) negociar e celebrar tratados, acordos e demais atos internacionais, atuando como órgão auxiliar da Presidência da República.

³¹ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

³² FRAGA, Mirtó. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*, Rio de Janeiro, p. 56.

A aprovação de um tratado pelo Congresso Nacional se dá através de decreto legislativo, que é a espécie normativa destinada a veicular as matérias de competência exclusiva do Congresso.

Os decretos legislativos são debatidos e votados nas duas casas do Parlamento (Câmara dos Deputados e Senado Federal), não havendo necessidade, porém, da sanção presidencial, sendo os mesmos promulgados pelo Presidente do Congresso Nacional, no caso, o Presidente do Senado³³.

De notar-se que, embora o decreto legislativo tenha processo quase idêntico ao das leis ordinárias, diferindo apenas quanto à promulgação pelo Presidente do Congresso e por não comportar emendas, não pode ser a elas equiparado e, portanto, o decreto legislativo não tem o condão de transformar o acordo assinado pelo Executivo em norma de observação obrigatória, quer interna, quer internacionalmente³⁴.

Isto significa que, embora a Constituição brasileira preveja que cabe ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais”, ao legislativo brasileiro cumpre apenas aprovar ou não as convenções internacionais assinadas pelo Poder Executivo.

Daí decorre que a última palavra quanto à conclusão ou não do tratado é do Poder Executivo. É o Presidente da República, discricionariamente, quem decide se conclui o acordo internacional, através da ratificação, ou se deixa de fazê-lo.

Sob este aspecto, a manifestação do Congresso Nacional só é definitiva se concluir pela não aprovação do tratado, quando o Presidente ficará impossibilitado de proceder à ratificação em âmbito internacional³⁵.

Mas admitindo uma hipótese em que o Congresso Nacional tenha aprovado o texto de determinada convenção internacional, esta decisão é expressa através de decreto legislativo, promulgado pelo Presidente do Congresso e devidamente publicado.

Ato seguinte, é o Poder Executivo quem conclui o tratado, através do depósito do instrumento de ratificação, ou da troca deste com a contraparte estrangeira. A partir daí, ou de quando o próprio tratado o preveja, o Brasil estará internacionalmente obrigado a cumprir o acordo internacional.

Mas para ter vigência na esfera nacional, o tratado deve ainda ser promulgado pelo Poder Executivo, através de decreto presidencial, cuja publicação no Diário Oficial da União leva em anexo o texto da convenção

³³ MORAES, op. cit., p. 625 e 626.

³⁴ FRAGA, op. cit., p. 56.

³⁵ Ibidem, p. 57.

internacional. É da publicação do decreto, portanto, que surge a obrigação interna de obediência pelos particulares e de aplicação pelo Poder Judiciário³⁶.

A obrigatoriedade da promulgação do decreto presidencial e da sua publicação para vigência na ordem interna foram expressas em recente julgado do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em decisão de carta rogatória proveniente da Argentina, cujo acórdão foi assim ementado:

MERCOSUL. Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto/MG). Ato de direito internacional público. *Convenção ainda não incorporada ao direito interno brasileiro.* Procedimento constitucional de incorporação dos atos internacionais que ainda não se concluiu. *O Protocolo de Medidas Cautelares adotado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, em dezembro de 1994, embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 19s/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República.* Considerações doutrinárias e jurisprudenciais em torno da questão da executoriedade das convenções ou tratados internacionais no âmbito do direito interno brasileiro. Precedentes: RTJ 58/70, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO – ADI nº 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.”³⁷ (grifos nossos)

Vê-se, portanto, que naquele caso a convenção já fora aprovada pelo Congresso Nacional e mesmo ratificada pelo Brasil no plano internacional, no entanto, o Supremo Tribunal Federal negou-lhe eficácia interna pela falta de publicação.

A necessidade de promulgação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro não encontra sustentação na Constituição Federal ou em qualquer outra fonte normativa. Mirtô Fraga, em seu estudo sobre o conflito dos tratados com as normas internas brasileiras, é categórica ao afirmar que “[...] expressa e taxativamente, não houve, e não há, nenhum dispositivo constitucional determinando esse procedimento”³⁸.

Neste sentido, embora grande parte da doutrina brasileira aponte para o processo de promulgação dos tratados como um costume que

³⁶ FRAGA, op. cit., p. 64.

³⁷ Carta Rogatória nº 8.279 de 17 de Junho de 1998 (www.stf.jus.br).

³⁸ A autora refere ainda que a primeira promulgação desse tipo que se tem notícia no Brasil data de 10/04/1826, referente à promulgação do Tratado de Paz e Amizade celebrado entre Brasil e Portugal, instrumento pelo qual este país reconheceu a independência daquele. (FRAGA, opus citatum, p. 60)

remonta à época imperial³⁹, a autora antes citada discorda, argumentando que os tratados internacionais caberiam no vocábulo *lei* quando entendido em seu sentido amplo como fonte positiva de direito⁴⁰.

Desta forma, os tratados fariam parte do que se entende como *lei* no art. 84, IV, da CF⁴¹, que prevê como competência exclusiva do Presidente da República promulgar e fazer publicar as leis.

É mister salientar que ao final do processo de conclusão e recepção dos tratados, antes expedido, estes vigoram na ordem interna brasileira como Direito Internacional e não como norma de direito interno.

Isto porque nem o decreto presidencial que promulga o tratado, menos ainda o decreto legislativo de aprovação do Congresso Nacional, transformam a convenção em norma interna.

Desta forma, parece correto concluir que o Brasil adota, para a internalização dos tratados internacionais, um sistema que pode ser classificado como dualismo moderado, eis que embora não exija edição de lei distinta para a sua incorporação, possui *iter procedimental* complexo, com atuação dos Poderes Executivo e Legislativo⁴².

Ao final, cabe referir que o Brasil não contempla, em sua Constituição, a recepção automática do Direito Internacional geral ou comum.

Novamente, Mirtó Fraga põe luz sobre à questão, ao esclarecer que nenhuma das Cartas Constitucionais brasileiras jamais sequer mencionou o respeito obrigatório às normas universais de Direito Internacional, o que, no entanto, não significa que o Brasil se isente de cumpri-las⁴³.

3 A HIERARQUIA DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO BRASIL

3.1 A MATÉRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O disciplinamento constitucional das relações entre o Direito Internacional e o direito interno brasileiro pouco ou nada evoluiu durante a breve, porém, conturbada, história constitucional do país. Mantém-se, pois, situação praticamente idêntica à da primeira Constituição republicana de 1891⁴⁴.

39 ARAÚJO, Nádia de. A Internalização dos Tratados Internacionais no Direito Brasileiro e o Caso TRIPS. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, p. 6; REIS, opus citatum, p. 94.

40 FRAGA, op. cit., p. 62.

41 Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

42 ACCIOLY, op. cit., p. 66.

43 FRAGA, op. cit., p. 49.

44 Ibidem, p. 47.

Consequência desta não evolução, a Constituição Federal vigente no Brasil não possui normas claras sobre o relacionamento e a hierarquia das convenções internacionais em relação às fontes de direito interno.

Neste sentido, o art. 59 da Carta brasileira⁴⁵, que elenca as normas elaboradas pelo processo legislativo, sequer menciona as convenções internacionais.

De outra parte, o art. 5º, §2º, da CF⁴⁶ confere aos tratados caráter complementar aos direitos e garantias elencados na Constituição, enquanto o art. 109, III e V da, CF⁴⁷ dispõe que as causas fundadas em convenções internacionais são de competência jurisdicional interna da Justiça Federal brasileira.

Mas é nas disposições dos arts. 102, III, “b” e 105, III, “a”, da CF que boa parte da doutrina e, como será visto a seguir, a jurisprudência brasileira, encontram argumento favorável à equiparação dos tratados à lei federal⁴⁸. Para que se possa fazer uma breve análise das referidas disposições, cabe transcrevê-las:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

[...]

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

⁴⁵ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

⁴⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴⁷ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; [...] V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

⁴⁸ REIS, op. cit., p. 92.

[...]

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) *contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;*(grifo nosso)

Os mandamentos constitucionais referem-se, portanto, às competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para julgar, em sede de recurso extraordinário ou especial, respectivamente, declarações de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou a negativa de sua vigência.

O posicionamento de ambos, tratado e lei federal, nas mesmas alíneas, separados por *ou*, permitiria a conclusão de que ambas as fontes normativas encontram-se equiparadas, não havendo, pois, prevalência de uma sobre a outra.

Tal argumento, por si só, revela-se insuficiente para sustentar a tese da equiparação entre lei ordinária e convenção internacional.

Entretanto, a favor dos defensores desta corrente de pensamento milita ainda outro argumento, o de que, quando quis dar aos tratados valor suprapessoal, o legislador brasileiro o fez expressamente⁴⁹, como, por exemplo, no caso do art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN), que dispõe: “Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pelaque lhes sobrevenha”.

Sob esta perspectiva, é válido referir que o CTN (lei nº 5.172/66) vigora no Brasil com *status* de lei complementar, diferente, portanto, das leis federais ordinárias a que são equiparados os tratados⁵⁰.

Mas se a Lei Maior brasileira pouco ou nada esclareceu acerca da posição hierárquica dos tratados em relação à legislação interna, o mesmo não pode se dizer no que tange à relação das convenções internacionais com a própria Constituição.

49 FRAGA, op. cit., p. 80.

50 ARAÚJO, op. cit., p. 10.

Ao mencionar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de tratados no art. 102, III, “b”, da CF, o legislador constituinte deixou clara a subordinação das convenções internacionais à Constituição Federal.

Desta forma, ficou implícita a possibilidade de controle constitucional dos tratados, como bem salienta Francisco Rezek⁵¹:

Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico.

Ocorre que a Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, entre outras modificações, adicionou um terceiro parágrafo ao art. 5º da CF, nos seguintes termos:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (grifo nosso)

Desta forma, a EC nº 45/04 concedeu ao Congresso Nacional, apenas nos casos de tratados que versem sobre direitos humanos, a possibilidade⁵² de incorporação destes com *status* constitucional⁵³.

Ressalta-se, porém, a necessidade de aprovação, nas duas Casas, por maioria de três quintos dos votos dos deputados ou senadores, mesma regra de votação aplicada às emendas constitucionais⁵⁴, portanto.

Seria então de se perguntar se os tratados acerca de direitos humanos incorporados pelo Congresso Nacional através do mecanismo do art. 5º, §3º, da CF estariam também sujeitos ao controle constitucional, uma vez que os mesmos desfrutariam de *status* constitucional.

Para o constitucionalista brasileiro Alexandre de Moraes é “[...] plenamente possível ao Supremo Tribunal Federal a análise da constitucionalidade ou não do texto incorporado [...]” desde que respeitados os parâmetros fixados no art. 60 da Constituição para alteração do texto constitucional⁵⁵.

⁵¹ REZEK, op. cit., p. 103.

⁵² A opção de incorporação com *status* ordinário (art. 49, I da CF) ou constitucional (art. 5º, §3º da CF) é discricionária do Congresso Nacional (MORAES, opus citatum, p. 628).

⁵³ MORAES, op. cit., p. 626.

⁵⁴ Art. 60, III, §2º, da CF.

⁵⁵ MORAES, op. cit., p. 674.

Releva ainda referir que até o momento apenas um tratado foi aprovado sob o procedimento do art. 5º, §3º da CF. Trata-se da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiências e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

Curiosamente, apesar do seu processo de votação ter sido o mesmo das emendas constitucionais, o tratado foi aprovado através de decreto legislativo (Decreto Legislativo nº 186/2008), fonte normativa comum de aprovação das convenções em geral.

A título de conclusão, parece claro que a Constituição Federal brasileira não se presta a determinar com clareza o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno.

Neste sentido, Beat Walter Rechsteiner sugere que o legislador determine expressamente, como fez no caso do art. 98 do CTN, as bases da relação entre os tratados internacionais e a legislação doméstica⁵⁶.

O jusinternacionalista, no entanto, propõe que a intervenção se dê através da Lei de introdução ao Código Civil, atual Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), o que não parece aceitável.

Ora, se há um instrumento normativo que deva positivar as relações do direito interno brasileiro com o Direito Internacional, este é a Constituição Federal e não uma norma com *status de lei complementar*, como a LINDB.

Essa é, por exemplo, a posição de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira: “[...] trata-se de uma questão eminentemente constitucional, pois incumbe à Constituição, como lei fundamental da ordem jurídica, adjudicar o lugar de cada espécie no sistema de fontes de direito”⁵⁷.

Ao final desta breve abordagem normativa, fica assente que, ao deixar de apontar com clareza a hierarquia das convenções internacionais no ordenamento interno, a legislação brasileira, em especial a Carta Maior, deixa à jurisprudência a incumbência de fazê-lo.

3.2 A JURISPRUDÊNCIA

Em nível jurisprudencial, a questão da hierarquia dos tratados é melhor visualizada nos casos de conflito entre tratado internacional e legislação interna.

Sob este aspecto, ao longo da história, a jurisprudência brasileira não tem se mostrado uniforme, ora decidindo pela supremacia da disposição convencional, ora pela norma nacional.

⁵⁶ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*, São Paulo, p. 125.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I, Coimbra, p. 259.

Neste sentido, Mirtô Fraga cita como antecedente jurisprudencial remoto, o Pedido de Extradição nº 7, de 1913, em que uma convenção celebrada com a Alemanha foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal em detrimento de lei interna.

No entanto, em seguida, a autora faz menção à Apelação nº 7872, de 1943, em que o STF julgou pela não aplicação de tratado assinado com o Uruguai (referente a isenção de tarifas aduaneiras) por contradição com lei nacional posterior. A decisão, porém, teve voto contrário do Ministro Philadelpho Azevedo, para quem o país, não tendo interesse na manutenção do acordo, deve denunciá-lo⁵⁸.

Então voto vencido, o entendimento do Ministro Philadelpho Azevedo serviu de base para o julgamento da Apelação Cível nº 9587, de 1951, em que se decidiu pela preponderância da convenção internacional.

Na ocasião, o Relator, Ministro Lafayette de Andrada, levantou a questão de o tratado poder ser revogado por lei ordinária posterior, respondendo-a da seguinte forma:

A equiparação entre a lei e o tratado conduziria à resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado, qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional.⁵⁹

E sobre o caráter do tratado frente à lei interna, completou o Relator: “Os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente, a exclusão dessas mesmas leis”.

A conclusão do Ministro demonstra-se acertada, ao passo que o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais e a sua essência enquanto fonte normativa não podem ser vistos unicamente do ponto de vista interno.

Ora, é certo que o princípio *pacta sunt servanda* deve ser respeitado em nível internacional, e disso decorre a vigência interna da convenção. Sendo diferente o pensamento do governo nacional, não tendo o Estado interesse em manter o acordo, o correto é proceder à sua denúncia, nos moldes do asseverado pelo Ministro Philadelpho Azevedo.

O Supremo Tribunal Federal foi novamente instado a pronunciar-se sobre as relações das convenções internacionais, no caso a Convenção de Genebra acerca da Lei Uniforme sobre o Cheque, com a legislação

58 FRAGA, op. cit., p. 99 a 101.

59 ARAÚJO, op. cit., p. 8.

interna, no Recurso Extraordinário 71154, de 1971, resultando acórdão assim ementado:

Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra, aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas tem aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso Extraordinário conhecido e provido.⁶⁰

Vê-se que o caso tratava de convenção internacional posterior à norma interna, não suscitando maiores dúvidas quanto à prevalência do tratado, portanto.

A celeuma *in casu* deu-se no debate acerca da necessidade ou não de lei federal para fazer viger o texto convencional internamente, discussão esta já superada, visto que no Brasil não há necessidade de edição de norma interna para vigência de tratado, mas apenas aprovação do Parlamento e promulgação presidencial publicizada.

Até então favorável à primazia das convenções internacionais sobre as normas internas, em junho de 1977, o Supremo Tribunal Federal rompeu abruptamente com este entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80004, também acerca da Convenção de Genebra, mas desta vez quanto à Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias - Aval aposto à Nota Promissória não registrada no prazo legal – Impossibilidade de ser o avalista açãoado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22.1.1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade do direito interno brasileiro, *não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Decreto-Lei nº 427/69*, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.

⁶⁰ RE 71.154/PR de 08/04/1971. Disponível em: www.stf.jus.br.

Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido.⁶¹(grifo nosso)

Pelo fato de ter revelado uma mudança radical dos princípios do STF no que toca às relações do Direito Internacional com o direito interno, o RE nº 80004 tornou-se o *leading case* da matéria no Brasil.

De ressaltar que, apesar de a decisão ter se dado com apenas um voto em contrário, as justificativas dos votos dos Ministros favoráveis ao recurso foram as mais variadas possíveis⁶².

Dentre as diferentes conclusões, alguns entenderam pela inexistência de conflito entre a convenção e o decreto-lei, outros pela aplicação compulsória da legislação interna vigente e, por último, aqueles para quem o tratado se equipararia à lei ordinária interna, prevalecendo o que fosse posterior, em acatamento ao princípio *lex posterior derogat priori*⁶³.

A opinião do último grupo, composto pelos Ministros Cordeiro Guerra, Rodrigues de Alkmin e Thompson Flores, por expressar a linha de pensamento que acabaria por vingar nos ulteriores julgamentos no Brasil, merece atenção especial.

Para aqueles Ministros, a supremacia dos tratados sobre as normas internas somente seria possível através de autorização constitucional, que, como visto antes, inexiste.

Analizando as disposições constitucionais à época, o Ministro Thompson Flores concluiu em seu voto:

O simples fato de atribuir a Constituição a celebração dos Tratados e Convenções ao Presidente da República, o qual submete sua aprovação ao Congresso Nacional, art. 44, I, e após, determina, através de decreto, sua execução, não se faz bastante.

E disposições outras inexistem, nem o sistema comporta a predominância do Tratado sobre a lei.⁶⁴

Julgando desta forma, embora sem uniformidade nas razões decisórias, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação que

61 RE 80.004/SE de 01/06/1977. Disponível em: www.stf.jus.br.

62 FRAGA, op. cit., p. 109.

63 Ibidem, p. 109 ss.

64 RE 80.004/SE de 01/06/1977, p. 1019. Disponível em: www.stf.jus.br.

vinha norteando sua jurisprudência e admitiu a prevalência da lei posterior sobre tratado internacional.

A linha de pensamento que põe os tratados no mesmo plano hierárquico das leis ordinárias, aplicando o que for posterior, prosperou, e deu base aos julgamentos seguintes sobre o assunto no Brasil.

Assim ocorreu na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480-DF, de 1997, em que o Relator, Ministro Celso de Mello, para justificar a tese da paridade normativa entre convenção internacional e lei interna brasileira, cita como antecedente jurisprudencial o RE nº 80004.

Merecedora de destaque é a fundamentação utilizada pelo Ministro para explicar a eventual prevalência de uma sobre outra fonte normativa:

A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade.⁶⁵

Em seguida, referindo expressamente uma “[...]tendência no sentido de os ordenamentos Constitucionais dos diversos Países conferirem primazia jurídica aos tratados e atos internacionais sobre as leis internas [...]”, o Ministro, no entanto, esclarece que tal não ocorre no Brasil, justificando:

Tal, porém, não ocorre no Brasil, seja por efeito de ausência de previsão constitucional, seja em virtude de orientação firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, reconheceu – como precedentemente assinalado – que os atos internacionais situam-se, após sua formal incorporação ao sistema doméstico, no mesmo plano de autoridade e de eficácia das leis internas.⁶⁶

Analizando as transcrições por partes, é possível identificar, em um primeiro momento, que o Ministro adota uma visão claramente dualista ao sustentar a utilização dos critérios cronológico ou da especialidade para estabelecer a precedência do tratado ou da norma interna.

Tal visão não se coaduna com a tendência hodierna, que o próprio Ministro cita expressamente em um segundo momento, de evolução e proeminência do Direito Internacional.

⁶⁵ ADI-MC 1.480/DF de 04/09/1997, p. 282, 283. disponível em: www.stf.jus.br.

⁶⁶ ADI-MC 1.480/DF de 04/09/1997, p. 283. Disponível em: www.stf.jus.br.

Entretanto, para tentar justificar a *inadequação* da sua (brasileira) tese de equiparação dos tratados com as leis ordinárias, Celso de Mello se apegou ao silêncio da Constituição Federal sobre o assunto e aos antecedentes jurisprudenciais do STF, sobretudo ao RE nº 80004.

Será que as escassas e frágeis disposições constitucionais sobre o assunto e os antecedentes jurisprudenciais (leia-se, o RE nº 80004) do Supremo Tribunal Federal têm o condão de afastar o princípio *pacta sunt servanda* a nível internacional? Ou por outra, serão estas razões suficientes para que o Brasil continue andando na mão inversa da tendência internacional, que o próprio Ministro Celso de Mello reconheceu?

Assim não parece. A falta de clareza da Constituição Federal sobre o assunto, somada ao exagerado apego a antecedentes jurisprudenciais do STF acabam por estagnar o Brasil em uma situação que já não se adequa à realidade.

O avanço e a intensificação das relações internacionais, o estreitamento das relações regionais, através de processos de cooperação e integração entre Estados, a tendência monista que se impõe no cenário mundial, diferem muito do contexto em que se deu o julgamento do RE 80.004, datado da ida década de setenta do século passado.

Já é mais do que momento para o legislador brasileiro tomar as devidas providências e emendar a Constituição Federal neste sentido, bem como para o STF reformular seu pensamento, alinhando-o ao quadro internacional.

Por fim, salienta-se o tratamento diferenciado dispensado pelo STF aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, a partir do Recurso Extraordinário nº 466343, julgado em 03 de dezembro de 2008.

No caso, os Ministros do Supremo entenderam pela ilicitude da prisão civil do depositário infiel, afirmado, por maioria, o *status supralegal* da Convenção Americana de Direitos Humanos, que veda esse tipo de prisão.

O raciocínio aplicado ao caso, liderado pelo Ministro Gilmar Mendes, teve por base os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da CF.

Segundo a tese vencedora, a abertura material dos direitos fundamentais (§2º do art. 5º da CF), aliada à *constitucionalização* dos tratados de direitos humanos aprovados nos mesmos moldes (turnos e quórum) das emendas constitucionais (§3º do art. 5º da CF, acrescentado pela EC nº 45/2004), apontariam para a hierarquia supralegal das convenções internacionais aprovadas e ratificadas antes da reforma constitucional de 2004.

Discordando, porém, do *status supralegal* defendido pelo Ministro Gilmar Mendes e pela maioria, o Ministro Celso de Mello declinou entendimento pela grandeza constitucional dos tratados de direitos humanos, fundamentando suas razões de acordo com o momento da celebração do tratado, em raciocínio inteligente, muito bem compelido no seguinte trecho do informativo de jurisprudência nº 498 do STF:

Contrapondo-se, por outro lado, ao Min. Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmou terem estes hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o iter procedural do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniente da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.⁶⁷

Ressalte-se, por derradeiro, que a nova tese, da supralegalidade dos tratados que versam sobre normas de direitos humanos, não afetou – pelo menos até o momento – o entendimento do STF quanto à paridade hierárquica entre as demais convenções internacionais e a legislação ordinária interna.

4 CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, segundo a divisão sistemática estabelecida e o escopo deste trabalho, é possível retirar as seguintes conclusões:

Quanto à recepção das convenções internacionais:

- As convenções internacionais precisam ser recepcionadas para que tenham vigência interna no Brasil;
- A competência geral para celebração de tratados e a palavra final quanto à vinculação do Estado na esfera internacional são do Presidente da República;
- A vinculação à convenção, no entanto, é condicionada à aprovação parlamentar. Nesse sentido, nota-se a possibilidade de as convenções internacionais que versam sobre direitos humanos serem aprovadas de modo diverso (maioria de três

⁶⁷ Disponível em: www.stf.jus.br.

quintos em dois turnos de votação), quando desfrutarão de *status* constitucional;

- A vigência interna das convenções internacionais depende de publicação oficial. A esse respeito, verifica-se uma prática nunca prevista nas Constituições brasileiras, de promulgação dos tratados através de decreto presidencial;
- O requisito da publicação é condição necessária, mas não suficiente, para que as convenções se tornem obrigatórias no âmbito nacional. Isto porque a vigência interna depende da vigência internacional. Nesse contexto, as convenções vigoram, internamente, como Direito Internacional e não como normas internas.

Quanto à hierarquia das convenções internacionais:

- A Constituição Federal não dá solução expressa ao problema da hierarquia das convenções na ordem interna;
- A Carta Magna de 1988 prevê o controle de constitucionalidade das convenções, deixando, portanto, claro o posicionamento infraconstitucional das mesmas. Com efeito, a CF possibilita que, com processo de aprovação parlamentar mais exigente, os tratados que versam sobre direitos humanos desfrutem de *status* constitucional;
- Pelo fato de a Constituição Federal pouco esclarecer quanto ao posicionamento hierárquico das convenções, o problema é resolvido pelos Tribunais Superiores, sobretudo pelo STF;
- A jurisprudência brasileira, ao longo da história, não se mostra uniforme. O ano de 1977, no Brasil, coloca-se como o marco em que o Supremo Tribunal Federal deixou de entender pela prevalência do Direito Internacional e passou a acatar a paridade normativa entre leis ordinárias e convenções internacionais;
- Em 2008, o STF firmou entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pelo processo legislativo mais exigente, incluído pela EC nº 45/2004, possuem *status* supralegal. A nova tese, porém, não alterou a orientação jurisprudencial já

firmada, de paridade hierárquica entre as demais convenções internacionais e a legislação ordinária doméstica.

Ao final do trabalho conclui-se que, em razão do silêncio constitucional em relação ao tema da hierarquia dos tratados, a resolução dos conflitos compete sempre aos Tribunais Superiores, sobretudo ao STF, que, em que pese o progresso no que tange aos tratados de direitos humanos, continua julgando na contramão da tendência mundial, apregoando a paridade hierárquica entre tratados internacionais e leis internas e aplicando o critério cronológico.

Com isso, o Pretório Excelso mostra-se conivente com o descumprimento dos compromissos internacionais do país, bem como permite que o Estado brasileiro incorra em responsabilidade internacional.

É plausível o argumento de que seria demasiado precoce que a Constituição Federal referisse expressamente a suprallegalidade das convenções internacionais. Pode ser necessário deixar à jurisprudência uma margem de manobra para fazer valer a legislação interna na hipótese de esta ser a melhor solução para o caso concreto.

Tal argumento, porém, não justifica a total omissão da Carta Maior do Brasil. O legislador brasileiro, caso entenda pela prematuridade de apregoar a preponderância do Direito Internacional, deve inspirar-se no exemplo de outras Constituições, como a portuguesa, e deixar ao menos um caminho trilhado no sentido da prevalência dos compromissos internacionais.

Ao não fazê-lo, deixa à jurisprudência não uma margem de manobra, mas um vasto espaço para os Tribunais manobrarem e decidirem como melhor lhes aprouver. Assim, as decisões judiciais sobre o assunto no Brasil podem mudar como o vento, o mesmo vento que soprou em 1977.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.
- ARAÚJO, Nádia de. A Internalização dos Tratados Internacionais no Direito Brasileiro e o Caso do TRIPS. *Revista da ABPI*. Rio de Janeiro, n. 62. 2003.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

MEDEIROS, Rui. Relações entre Normas Constantes de Convenções Internacionais e Normas Legislativas na Constituição de 1976. *O Direito*, ano 122, I, jan./mar. 1990.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Públco e Privado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Constituição: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Públco: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares