

Publicações da Escola da AGU

Pós-Graduação em Direito Público - UnB 2014 Eixo Administrativo

v. 34 número 1, fev. 2014 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 34	p. 1-472	fev . 2014
---------------------------------	----------	-------	----------	------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

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

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

COORDENADOR DA PUBLICAÇÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

Conselho Editorial

Juliana Sahione Mayrink Neiva
André Luiz de Almeida Mendonça
Jefferson Carús Guedes

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.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Publicações da Escola da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. -- Brasília : EAGU, 2009.
v. ; 23 cm.

Irregular: n.1, 2009-n.7-2011. Bimestral: n. 8-13, 2011. Mensal:
n. 14, 2012-n.34, 2014. Bimestral: n.35, 2014-.

ISSN 2236-4374

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 340.5

CDU 34 (05)

SUMÁRIO

O Cancelamento Administrativo do Registro Imobiliário como Instrumento de Combate à Grilagem de Terras Públicas <i>Daniel Martins Felzemburg</i>	7
A Judicialização da Saúde e suas Repercussões no Sistema Único de Saúde (SUS) e na Defesa dos Entes Públicos em Juízo <i>Emília Corrêa de Araújo Oliveira</i>	77
Inscrição de Ocupação nos Terrenos de Marinha: usurpação do patrimônio público? <i>Estela Richter Bertoni</i>	121
A Força Normativa dos Princípios e a Atuação da Consultoria Jurídica da União: de controle da estrita legalidade administrativa a instrumento de concretização dos princípios da administração pública <i>Esther Dantas de Sá Paiva Gurjão</i>	171
Corrupção: sua aplicabilidade ao caso brasileiro <i>Gihad Menezes</i>	225
A Problemática do Dies a Quo da Contagem do Prazo Prescricional do § 1º do Art. 142 da Lei nº 8.112/90: uma interpretação sobre quem deve ser a autoridade competente para tomar conhecimento de ato infracional, para fins de ação disciplinar <i>Hélio Ribeiro Couto</i>	267
A Necessidade da Reformulação da Atuação do Poder Público Diante da Propagação da Abertura de Cursos Superiores por Entidades Privadas que não Integram o Sistema Federal de Ensino <i>João Paulo Santos Borba</i>	315
Ressarcimento de Verba Recebida por Servidores Públicos Federais com Base em Decisão Judicial Posteriormente Reformada <i>Lyts de Jesus Santos</i>	369
A Licença Paternidade no Serviço Público nos Casos de Ausência da Figura Materna: um estudo a partir do direito como integridade <i>Paternity Leave in Public Service in the Event of Absence of Mother Figure: a study from the right as integrity</i> <i>Vânia Mendes Ramos da Silva</i>	413

EDITORIAL

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – Escola da AGU, tem a satisfação de apresentar, através da presente Revista, coletânea de alguns dos melhores trabalhos finais elaborados por seus membros na Pós-Graduação em Direito Público realizada em parceria entre a EAGU e a Universidade de Brasília – UnB no ano de 2014.

O conteúdo da Revista está dividido em quatro volumes, os quais tratam dos seguintes: Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Regulatório, Direito Previdenciário, Direito Processual Civil e Direito Tributário. Portanto, os artigos coletados abordam temas de relevante interesse para a Advocacia Pública.

No presente volume, são apresentados artigos relacionados ao Direito Administrativo. Dentre eles, estão os resultados de pesquisas sobre a grilagem de terras públicas, terrenos de marinha, o sistema único de saúde, o exercício da atividade de consultoria jurídica, a corrupção e a improbidade administrativa, o processo administrativo disciplinar, o ensino superior, o resarcimento devido pelo servidor público e a licença paternidade em caso de ausência da figura materna.

Assim, a Escola da AGU parabeniza aos autores e espera que o conteúdo ora apresentado enriqueça a pesquisa a respeito de temas atuais, relevantes e diretamente relacionados ao Direito Público.

Boa leitura!

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

O CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO DO REGISTRO IMOBILIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À GRILAGEM DE TERRAS PÚBLICAS

*Daniel Martins Felzemburg
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Bens públicos; 1.1 Origem do patrimônio público; 1.2 Regime jurídico dos bens públicos; 1.3 O problema da grilagem de terras públicas; 2 O instituto do cancelamento administrativo; 2.1 Origem do cancelamento do registro imobiliário; 2.2 Da relação causal entre o título e o registro; 2.3 Natureza jurídica do cancelamento administrativo; 2.4 O cancelamento administrativo da Lei N. 6.739/79. constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na Representação-Rp n. 1070-8-DF; 3 Resistência ao instituto do cancelamento administrativo; 3.1 A regra da Reserva da Jurisdição do § 2º do artigo 1.245 do Código Civil de 2002; 3.2 Devido Processo Legal e Contraditório; 4 O cancelamento administrativo como instrumento adequado ao combate da grilagem de terras públicas; 4.1 Especialidade da lei que regulamenta

a matéria; 4.2 Garantia do Devido Processo Legal e Contraditório no processo administrativo; 4.3 O enfoque publicista da matéria atinente ao cancelamento dos registros públicos. Tutela dos bens públicos e interesse público no combate à grilagem das terras públicas; 4.3.1 O caráter público em razão da atividade do registro; 4.3.2 O caráter público em razão do objeto do cancelamento; 4.3.3 O caráter público em razão do interesse público no combate a grilagem; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O cancelamento administrativo de registro imobiliário vinculado a título nulo de pleno direito está previsto na Lei n. 6.739 de 5 de dezembro de 1979, editada para combater o problema de grilagem de terras públicas no país. Apesar disso, esse instrumento não vem sendo aceito por parte da doutrina e jurisprudência nacional, ao argumento de que somente por meio da jurisdição é possível cancelar o registro imobiliário por defeito do título, uma vez que apenas nessa esfera se garante o contraditório e a ampla defesa. O presente trabalho visa demonstrar que os argumentos contrários ao uso do cancelamento administrativo não têm sustentação científica, comprovando-se que essa ferramenta não só tem cabimento no ordenamento jurídico, como se constitui em importante instrumento de combate ao problema de grilagem de terras públicas no país.

PALAVRAS-CHAVE: Cancelamento Administrativo. Registro Imobiliário. Imóvel Rural. Terras Públicas. Grilagem.

ABSTRACT: The administrative cancellation of real estate title registry bound to nil as of right is established by Law 6739 of 5 December 1979, edited to combat the problem of illegal appropriation of public lands in the country. Nevertheless, this instrument has not been accepted by the national doctrine and jurisprudence, based on the argument that only through the jurisdiction it is possible cancel the registration of the title by default, since only in this sphere ensures the contradictory and full defense argument. This paper demonstrates that the arguments against the use of the administrative cancellation have no scientific support, proving that this tool not only is accepted in the legal system, as it constitutes an important instrument against the problem of illegal appropriation of public lands in the country.

KEYWORDS: Administrative Cancellation. Land Registry. Rural Property. Public Lands. Illegal Appropriation.

INTRODUÇÃO

A grilagem de terras públicas sempre foi e continua sendo um grande problema ao desenvolvimento socioeconômico do país.

Um dos instrumentos eficazes previstos no ordenamento jurídico para combater o problema da grilagem, mas, muitas vezes esquecido ou até mesmo rejeitado, consiste no cancelamento administrativo dos registros imobiliários com vícios nos títulos que lhe deram origem. Apesar de sua concepção não ser recente, o cancelamento administrativo de registro imobiliário vinculado a título nulo de pleno direito atualmente está previsto na Lei n. 6.739 de 5 de dezembro de 1979, com redação dada pela Lei n. 10.267 de 28 de agosto de 2001.

Ocorre que o referido instrumento, em que pese a sua importância, sempre sofreu e continua sofrendo resistência de parcela autorizada da doutrina e da jurisprudência, lastreados, basicamente, nos seguintes argumentos:

- i) O § 2º do artigo 1.245 do Código Civil de 2002, norma geral e posterior à lei n. 6.739/79, é expresso ao dispor que “Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.”, de modo que somente através da jurisdição é possível cancelar o registro imobiliário por defeito do título;
- ii) O cancelamento administrativo viola o contraditório e ampla defesa assegurados pela Carta Magna (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988).

O que se observa, contudo, é que a matéria do cancelamento administrativo não é muito bem explorada pelos operadores do direito. O propósito desse trabalho é, portanto, demonstrar por meio da análise das fontes formais do direito (legislação, jurisprudência, doutrina e outras), que o cancelamento administrativo de registros amparados em títulos nulos de pleno direito não só tem cabimento no ordenamento jurídico, como se constitui em importante instrumento de combate ao problema de grilagem de terras públicas que macula o país.

De fato, os argumentos contrários ao uso do cancelamento administrativo não resistem à clareza da legislação especial que rege a matéria (Lei n. 6.739/79), que inclusive já fora declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e que, portanto, deve prevalecer sobre qualquer norma geral.

Para demonstrar esse raciocínio, far-se-á no capítulo segundo deste trabalho, algumas considerações sobre a origem do patrimônio público, o

regime jurídico constitucional dos bens públicos e o problema da grilagem que incide sobre esses bens. Em suma, será evidenciado que a origem das terras brasileiras é pública, e assim sendo, qualquer registro imobiliário, para se reputar válido, deverá conter o devido destaque do patrimônio público.

Ainda nesse capítulo, será apresentado o regime especial incidente sobre os bens públicos, com destaque especial para sua indisponibilidade, o que justifica o uso do cancelamento administrativo como meio de combate à grilagem de terras públicas.

O terceiro capítulo será dedicado ao estudo do instituto do cancelamento administrativo em si. Nele, se abordará os seguintes aspectos: a sua origem, demonstrando que essa ferramenta não é nova no ordenamento jurídico pátrio; a relação causal entre o título e o registro no ordenamento jurídico brasileiro, pelo que, eventual nulidade do primeiro contamina o segundo; a natureza jurídica do ato administrativo do registro imobiliário e do cancelamento feito na esfera administrativa, com os atributos próprios dessa espécie de ato jurídico, notadamente a possibilidade de ser anulado ou invalidado pela própria Administração Pública (Súmulas 316 e 473 do Supremo Tribunal Federal). Por fim, será feita uma exposição sobre a constitucionalidade da Lei n. 6.739/79 e do cancelamento administrativo nela previsto, à luz do *leading case* do STF consubstanciado no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade (RP) n. 1078-8-DF.

O capítulo quarto abordará os principais argumentos contrários ao uso do cancelamento administrativo, ao passo que o capítulo quinto tratará dos contra-argumentos em prol do instituto. Nessa abordagem será demonstrado que a própria legislação que prevê o cancelamento administrativo, assegura o contraditório ao titular do registro cancelado, ainda que *a posteriori*, de modo que não há que se falar em violação a esse princípio constitucional, de observância obrigatória, inclusive no processo administrativo (art. 5º, inciso LV, da CF/88). Além disso, será demonstrado que pelas regras de hermenêutica a Lei n. 6.739/79, como norma especial, deve prevalecer sobre o Código Civil, tido como norma geral.

Concluindo, será demonstrado que o tema deste trabalho deve ser examinado à luz do direito público, e não mais no direito meramente privado, conferindo-se, com isso, o devido realce ao regime jurídico-constitucional da administração das terras públicas federais ou estaduais, o qual o Poder Público tem obrigação de tutelar.

Dessa maneira, procurar-se-á no desenvolvimento dessa temática, expor os fundamentos não só legais, mas dogmáticos do instituto do cancelamento administrativo, que se apresenta como eficiente instrumento contra a apropriação indevida de terras públicas por particulares.

1 BENS PÚBLICOS

Para uma melhor compreensão da matéria, faz-se necessário tecer, previamente, algumas considerações sobre a origem do patrimônio público, o regime jurídico constitucional dos bens públicos e o problema da grilagem que incide sobre esses bens.

1.1 Origem do patrimônio público

Historicamente, as terras brasileiras são originariamente públicas. O patrimônio público é anterior ao patrimônio particular, e não o contrário. Essa premissa é fundamental para compreensão do instituto do cancelamento administrativo de registros com vícios na origem.

De fato, as terras tidas hoje como devolutas, foram originariamente conquistadas em nome do Rei ou pelo Estado, a cujo patrimônio essas terras foram incorporadas. Por essa razão, são os particulares que precisam comprovar que seus bens foram destacados legitimamente do patrimônio público, pois originariamente as terras brasileiras pertenciam à Coroa Portuguesa. Essa premissa é muito bem sintetizada por Hely Lopes Meirelles¹, no seguinte excerto de sua obra:

No Brasil todas as terras foram, originariamente, públicas, por pertencentes à Nação Portuguesa, por direito de conquista. Depois, passaram ao Império e à República, sempre como domínio do Estado. A transferência das terras públicas para os particulares deu-se paulatinamente por meio de concessões de sesmarias e de data, compra e venda, doação, permuta e legitimação de posses. Daí a regra de que toda terra sem título de propriedade particular é do domínio público.

Com a mesma profundidade expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro,² tratando especificamente das terras devolutas, espécie do gênero terras públicas:

[...] Há que se ter em vista que as terras devolutas sempre foram definidas de forma residual, ou seja, por exclusão: são devolutas porque não entraram legitimamente no domínio particular ou porque não têm qualquer destinação pública. E existe, indubitavelmente, uma presunção em favor da propriedade pública, graças à origem das terras no Brasil: todas elas eram do patrimônio público; de modo que, ou os particulares as adquiriram mediante concessão, doação, venda, legitimação de posse

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, , 2010. p. 576-577.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 558.

ou usucapião (no período permitido), ou elas realmente têm que ser consideradas públicas e insusceptíveis de usucapião.

Trata-se de presunção *juris tantum*, cabendo ao interessado em adquiri-la por usucapião provar que a terra não é devoluta, porque adquirida por particular por meio de título legítimo. O Estado nada tem que provar, mesmo porque não há meios de provas hábeis para demonstrar que a terra não é de particular, a não ser por meio da ação discriminatória.

No mesmo sentido leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto³, ao afirmar que “*No Brasil, todas as terras foram originariamente públicas, conquistas da Coroa de Portugal, razão pela qual só pertencem ao domínio privado as que se puderem assim provar por título de propriedade [...]*”. Para José dos Santos Carvalho Filho⁴, “*Se as terras eram originariamente públicas, passando ao domínio privado pelas antigas concessões de sesmarias e de datas, parece-nos lógico que os particulares é que precisam demonstrar, de algum modo, a transferência da propriedade.*”

Essa lição da majoritária doutrina também foi acompanhada pela jurisprudência. Veja-se, por exemplo, o emblemático acórdão do Supremo Tribunal Federal nos idos de 1968, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 51.290-GO, cujo Relator foi o Ministro Evandro Lins e Silva. Acompanhando o Relator, o Ministro Aliomar Baleeiro (BRASIL, 1968, p. 668) consignou o seguinte em seu voto:

As terras do Brasil foram objeto de conquista e posse, por Pedro Álvares Cabral para o rei de Portugal. Ela passou a ser uma fazenda do Rei, ficando no domínio real até a independência, quando foi transferida para o Patrimônio Nacional, lá permanecendo todo o tempo do Império, até que o art. 64 da Constituição de 1891 a distribuiu aos Estados em cujos limites se encontravam. Então, os Estados, como sucessores da nação brasileira, e a nação brasileira, como sucessora do patrimônio pessoal do rei de Portugal, não necessitam trazer nenhum título. O título é a posse histórica, o fato daquela conquista da terra. A terra, no Brasil originariamente era pública.

Assentada a premissa da dominialidade originariamente pública, o Ministro concluiu o seguinte no citado precedente:

O Estado de Goiás não precisa provar nada. A presunção é que a terra é dele. O particular é que tem que provar, por uma cadeia sucessória, que as terras foram desmembradas do patrimônio público. Não há nenhuma dúvida a respeito disso (ibidem, p. 669).

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 397.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 972-973.

Não menos importante foi o voto do Relator Ministro Evandro Lins e Silva (*ibidem*, p. 664/665), ao citar a justificativa do projeto que resultou na Lei n. 3.081, de 22 de dezembro de 1956, que disciplinou o processo judicial da ação discriminatória das terras públicas para separá-las das terras de domínio particular, consoante se observa *in litteris*:

Pode ocorrer que as terras do domínio da União, dos Estados ou dos Municípios (como acontece com as terras devolutas) se achem confundidas, ocupadas indevidamente como particulares, ou devastadas criminosamente.

[...]

Todos esses fatores, de ordem material e de consequências jurídicas, concorrem para a índole da ação discriminatória. E é por isso que as terras públicas, em geral, se apuram por exclusão das que devam ser consideradas particulares; e não se pode exigir documento ao Poder Público para prova de seu domínio, e sim apurar esse domínio por exclusão das áreas cobertas, juridicamente, por título hábil devidamente filiado, nos termos do direito vigente.

Depois do precedente citado acima, inúmeras outras decisões do STF vieram à tona, reconhecendo a origem pública das terras, cuja titularidade dos bens acarreta a proteção excepcional de seu regime, a significar que, diante de eventual pretensão de particulares, na dúvida, deve prevalecer a presunção de domínio público (cf. os acórdãos nos RE 61.890, Rel. Min. Baleeiro; RE 52.331, Rel. Min. Evandro Lins; RE 285.098, Rel. Min. Moreira Alves; ACO 317, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE 72.020 Rel. Min. Alckmin; RE 78.112, Rel. Min. Djaci; RE 84.063, Rel. Min. Leitão; RE 90.985, Rel. Min. Rafael Mayer; RE 71.298, Rel. Min. Barros Monteiro; RE 86.234, Rel. Min. Moreira Alves; Rp. 913, Rel. Min. Soares Muñoz; RE 80.416 Rel. Min. Cunha Peixoto; e ACO 132, Rel. Min. Baleeiro, com destaque para este último).

Essas decisões consagraram importante premissa sobre o assunto, qual seja: cabe ao particular a prova de seu domínio, pelo que, a falta ou incompleta demonstração desse fato, implica na recusa formal e substancial ao reconhecimento da legitimidade do domínio particular, em razão da presunção do domínio público.

E a conexão desse dado histórico com a temática do cancelamento administrativo do registro imobiliário é muito bem identificada por Ibraim Rocha et. al⁵, pois segundo o referido autor este último não pode:

5 ROCHA, Ibraim et al. *Manual de Direito Agrário constitucional: lições de direito agroambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 386-387.

[...] constituir meio legítimo e suficiente para excluir a presunção do domínio do Estado sobre as terras do seu território, mas ao contrário, por ser coisa fora de comércio, não pode ser apropriado pelo particular, e o patrimônio privado somente pode ter origem em regular desmembramento do patrimônio público, não podendo as transferências particulares, por mais antigas que tenham sido realizadas, ter o condão de legitimar a exclusão do domínio público.

Portanto, a primeira conclusão a que se chega, é que, se um determinado registro atribui a um particular determinada propriedade, sem a necessária comprovação do regular destaque do patrimônio público, o título correspondente deverá ser considerado nulo, sujeitando o registro ao cancelamento na via administrativa.

1.2 Regime jurídico dos bens públicos

Enquanto o domínio privado tem como regime jurídico o Direito Privado, o domínio público é regido pelo Direito Administrativo, com princípios e peculiaridades próprias desse ramo do direito. Assim, o regime jurídico administrativo incide sobre o domínio público, de modo que o direito de propriedade exercido pelo Estado sobre os seus bens, é definido pelo Direito Público⁶.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷, os bens públicos “[...] estão vinculados ao atendimento de finalidades públicas confiadas à administração da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal e, enquanto o estiverem, apenas com vistas à consecução dos respectivos fins se encontram disponíveis.”

Da assertiva acima se extrai o princípio fundamental incidente no domínio público, essencial para compreensão da natureza dos bens públicos, como a dos bens privados e respectivos ramos jurídicos e institutos, dentre eles o do cancelamento administrativo do registro imobiliário: o princípio da indisponibilidade dos bens públicos.

O princípio da indisponibilidade dos bens públicos se situa em oposição conceitual simétrica ao princípio da disponibilidade dos bens privados. Assim, ao revés, enquanto a disponibilidade de um bem público é exceção, que deve resultar de ato expresso fundado em lei, a indisponibilidade de um bem privado, por seu turno, é a exceção, que só pode ser estabelecida por ato expresso, também com fundamento legal. (itálicos originais)⁸

⁶ Lucas Rocha Furtado adverte que não é possível definir o domínio público em razão do regime jurídico público, mas sim o contrário. Nas palavras do autor: “[...] os bens não são públicos em razão de o regime a eles aplicável ser o de Direito Público; ao contrário, o regime jurídico público é aplicável aos bens previamente reconhecidos como públicos. E são públicos os bens pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal, bem como às suas respectivas autarquias e fundações de Direito Público.” (FURTADO, 2010, p. 837).

⁷ MOREIRA NETO, op. cit., p. 382.

⁸ MOREIRA NETO, op. cit., p. 83.

O princípio da indisponibilidade dos bens públicos incide até mesmo sobre as terras devolutas. Aqui cabe um aprofundamento sobre essa espécie de terra pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹ apresenta elaborado estudo sobre a evolução histórica das terras devolutas no Brasil e aponta que, em sua origem, elas “*[...] eram terras vagas, abandonadas, não utilizadas quer pelo Poder Público quer por particulares. Essa concepção corresponde ao sentido etimológico do vocábulo devoluto: devolvido, vazio, desocupado.*” (destaques originais).

Benedito Ferreira Marques¹⁰ também registra como o conceito de terras devolutas, com significado inicial de terras abandonadas, evoluiu da seguinte maneira:

Diversos são os conceitos que os jurisconsultos têm atribuído ao instituto das “terras devolutas”, consagrado na literatura jurídica agrária brasileira, desde a “Lei de Terras” (Lei n. 601, de 18.9.1850).

Para o festejadíssimo MESSIAS JUNQUEIRA, de quem se conhece mais densa abordagem sobre o assunto, “terras devolutas são aquelas que não verteram para o domínio privado, deste excluído, evidentemente, o que estiver aplicado a qualquer uso público”.

ALTIR DE SOUZA MAIA, em alentado trabalho publicado pela Fundação Petrônio Vilela, assinala que é notória a divergência conceitual adotada para as terras devolutas ao tempo do Império e da posterior República. Por primeiro, entendia-se como terras ermas, sem aproveitamento, desocupadas, ou, ainda, aquelas devolvidas à Coroa Portuguesa, pela ocorrência de comisso, isto é, aquelas objeto de sesmarias cujas obrigações assumidas pelo sesmeiro não eram, no todo ou em parte, cumpridas. Já no período republicano, a ideia de terreno abandonado, sem ocupação, cedeu lugar à concepção de que, mesmo ocupadas, as terras se consideravam devolutas.

Nesse sentido, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, acabou definindo, em seu artigo 5º, que “*[...] são devolutas, na faixa de fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprias nem aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado [...]*”.

Daí a definição residual para terras devolutas, que segundo Di Pietro¹¹: “*[...] são assim consideradas aquelas que não estão destinadas a qualquer uso público nem incorporadas ao domínio privado.*” (destaques originais).

Feito o devido esclarecimento sobre o conceito de terra devoluta, cumpre indagar a razão pela qual incide sobre essa espécie de terra pública o princípio da indisponibilidade dos bens públicos.

9 DI PIETRO, op. cit., p. 586.

10 MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 70.

11 DI PIETRO, op. cit., p. 587.

A pergunta é interessante porque, não tendo as terras devolutas qualquer destinação pública, estas integrariam a categoria de bens dominicais,¹² significando, com isso, que elas são disponíveis¹³.

Apesar de serem consideradas como bens dominicais, as terras devolutas igualmente são indisponíveis, conforme também elucida Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴, no seguinte excerto de sua obra:

As *terras devolutas* constituem uma das espécies do gênero *terras públicas*, ao lado de tantas outras, como terrenos reservados, terrenos de marinha, terras dos índios, ilhas etc.

Elas integram a categoria de *bens dominicais*, precisamente pelo fato de não terem qualquer destinação pública. Isso significa que elas são *disponíveis*. Contudo, o artigo 225, § 5º, da Constituição de 1988, trouxe uma inovação, ao estabelecer que “são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais”.

Dois aspectos merecem realce nesse dispositivo: primeiro, o fato de dar a esses bens o caráter de indisponibilidade, colocando-os sob o regime jurídico idêntico ao dos bens de uso comum do povo e de uso especial; segundo, o fato de mencionar, como coisas distintas, as *terras devolutas* e as *terras arrecadadas pelos Estados* por ações discriminatórias; dá a impressão de que somente são terras devolutas as que não foram ainda objeto de ação discriminatória. O que parece evidente é que o constituinte quis deixar claro que todas elas, mesmo que não arrecadadas por aquele processo, são indisponíveis (destaques originais).

Portanto, na linha da lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro destacada acima, as terras devolutas também são regidas pelo princípio da indisponibilidade dos bens públicos.

Como corolário do princípio da indisponibilidade dos bens públicos, surgem ainda quatro importantes características do regime jurídico dos bens públicos: a inalienabilidade (ou alienabilidade condicionada),¹⁵

¹² Esse é o entendimento da doutrina. Lucas Rocha Furtado defende que “[...] a não vinculação das terras devolutas a qualquer finalidade pública, seja em relação à sua utilização pelas estruturas do Estado, seja pela população em geral, permite o seu enquadramento como bens dominicais.” (ob. cit., p. 892). No mesmo sentido entendem José dos Santos Carvalho Filho (op. cit., p. 929) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (op. cit., p. 587).

¹³ Cabe recordar que o Código Civil, ao tratar das categorias de bens públicos, dispõe que “Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.” (artigo 100), assim como “Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.” (artigo 101).

¹⁴ DI PIETRO, op. cit., p. 587.

¹⁵ Pertinente à crítica feita por alguns autores sobre a impropriade da nomenclatura “inalienabilidade”, já que mesmos os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial, desde que desafetados da finalidade pública a que foram destinados, podem ser alienados, na forma da lei (art. 100 do Código Civil). Para José dos Santos Carvalho Filho, “[...] já sob a égide do Código anterior seria impróprio falar-se em *inalienabilidade*; a melhor interpretação era a de que os bens teriam como característica a *alienabilidade*”

a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a não onerabilidade,¹⁶ que impedem, respectivamente, que eles sejam vendidos ou doados, usucapidos, sirvam de garantia de pagamento de dívidas ou estejam sujeitos a ônus de garantia real (hipoteca, penhor e anticrese).

Além de tais características, o regime jurídico administrativo dos bens públicos afeta a sua gestão, no sentido de utilização e conservação especial de tais bens. José dos Santos Carvalho Filho¹⁷ define bem a noção da gestão dos bens públicos da seguinte maneira:

[...] Na verdade, o poder de administração, como subordinado à lei, apenas confere ao administrador o poder (e ao mesmo tempo o dever) de zelar pelo patrimônio público, através de ações que tenha por objetivo a conservação de bens, ou que visem a impedir sua deterioração ou perda, ou, ainda, que os protejam contra investida de terceiros, mesmo que necessário se torne adotar conduta coercitiva autoexecutória ou recorrer ao Judiciário para a defesa do interesse público.

Dessa maneira, é possível resumir o presente capítulo com o seguinte silogismo: o domínio público tem regime jurídico administrativo, de modo que o direito de propriedade exercido pelo Estado sobre os seus bens é definido pelo Direito Público; esse regime especial incidente sobre os bens públicos tem características próprias, como a alienabilidade condicionada, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a não onerabilidade, destacando-se o princípio da indisponibilidade desses bens e a sua gestão; as terras devolutas, enquanto espécie de terra pública, também usufrui desse regime especial; os imóveis rurais que não possuem destaque válido do patrimônio público, ainda que com registro em nome de particular, podem ser definidos como terras devolutas; o regime jurídico administrativo dos bens públicos, dentre eles as terras devolutas, confere ao administrador o poder/dever de zelar, conservar e proteger o patrimônio público, sobretudo contra investidas de terceiros; o cancelamento administrativo de registros imobiliários com vícios na origem constitui um dos instrumentos eficazes para o exercício desse poder/dever.

1.3 O problema da grilagem de terras públicas

Apesar do regime especial incidente sobre os bens públicos, a grilagem¹⁸ de terras públicas continua sendo uma das principais mazelas do país.

condicionada, vale dizer, a alienação deveria ser efetivada em conformidade com o que a lei dispusesse.” (op. cit., p. 933, destaques originais).

16 A característica da não onerabilidade é apontada por alguns autores, como José dos Santos Carvalho Filho (op. cit., p. 935), Lucas Rocha Furtado (op. cit. p. 857/858) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (op. cit., p. 546/547).

17 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 942.

18 Grilagem: sistema utilizado por grileiros para apossar-se de terras alheias, mediante falsas escrituras de propriedade (FERREIRA, 2000).

Embora se tenham registros de atos de grilagem por todo o país, a irregularidade ocorre com mais frequência nos Estados da Região Norte. Segundo Ibraim Rocha et. al.¹⁹, citando Otávio Mendonça²⁰: “Infelizmente, e com louváveis exceções, registrou-se tudo quanto se quis nos Cartórios da Amazônia.” Ainda segundo o citado autor:

Apesar de a grilagem estar presente desde os tempos coloniais, este fenômeno se agravou sensivelmente nas décadas de setenta e oitenta quando se expandiu a fronteira agrícola em direção ao Centro-Oeste e ao Norte do País e a implantação da política de integração nacional²¹.

Para que se tenha uma ideia da dimensão do problema, segundo apurado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, a área grilada no Brasil beira os cem milhões de hectares, dentre os quais trinta milhões se localizam somente no Estado do Pará (BRASIL, 2010, p. 8).

A grilagem pode ocorrer de diversas formas: falsificação de títulos, registros de título que não conferem o domínio (títulos paroquiais, títulos de posse), sobretudo pela ausência do válido destaque do patrimônio público, títulos emitidos sem observância dos limites constitucionais,²² registros com origem em documentos válidos, mas cuja área foi ampliada em relação àquela indicada no título originário de propriedade, etc.

Nas últimas décadas, sobretudo na região amazônica, assistiu-se a um fenômeno enormemente lucrativo: a multiplicação das “terras de papel”. Em vários municípios a audácia dos grileiros subverteu as leis básicas da física permitindo que até 16 corpos ocupassem o mesmo espaço. A própria geografia deveria ser revista para poder atender aos interesses dos grileiros; no estado do Amazonas e no Pará existem vários municípios cujas áreas territoriais são inferiores àquelas registradas. No nosso estado,

Grileiro: é um termo que designa quem falsifica documentos para, de forma ilegal, tornar-se dono por direito de terras devolutas ou de terceiros ou ainda quem está na posse ilegal de prédios ou prédios indivisos, por meio de documentos falsificados.

O termo provém da técnica usada para o efeito, que consiste em colocar escrituras falsas dentro de uma caixa com grilos, de modo a deixar os documentos amarelados (devido os excrementos) e róidos, dando-lhes uma aparência antiga e, por consequência, mais verossímil. (Wikipédia, In: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Grileiro>>. Acesso em: 15 set. 2013).

19 ROCHA et. al., op. cit., p. 378.

20 Palestra proferida no I Ciclo de Estudos de Direito Imobiliário, promovido pelos Conselhos Federal e Regional de Corretores de Imóveis, Belém, Pará, 10 de maio de 1980.

21 Ibid., p. 379.

22 Desde a Constituição Republicana de 1891 (art. 64) as terras devolutas, salvo exceções previstas, passaram para o domínio dos Estados, podendo esses entes dispor dessas terras, concedendo títulos de domínio, conforme o caso. Sobre as restrições à alienação ou concessão de terras públicas, a Constituição de 1946, na redação original do art. 156, §2º, exigiu autorização do Senado Federal somente para as áreas superiores a 10.000,00 hectares. Com a Emenda Constitucional nº 10, de 09.09.1964, essa exigência restrinção se às áreas superiores a 3.000,00 ha, mantendo-se o mesmo patamar na Constituição de 1967 (art. 164). Após a promulgação da vigente Constituição Federal de 1988, a referida aprovação passou a ser exigida para a alienação ou concessão de terras públicas com áreas superiores a 2.500,00 ha (art. 49, XVII).

os municípios de Acará, Tomé Açu e Moju detém, respectivamente, uma área de 854.200 hectares, 582.200 hectares, e 1.172.800 hectares, mas neles foram cadastrados 1.040,112 ha, 819.314 hectares, e 2.750,080 hectares²³.

Some-se a essas irregularidades, conforme aponta Paraguassú Éleres²⁴:

[-] à insegurança dominial gerada pela má descrição das terras nos documentos mencionados, a questão da materialização desses lotes na terra, os quais padecem de erros crassos de topografia, sem considerar que muitos nem foram demarcados e sim estimados em mapas precisos, de que são exemplos casos ocorridos no Pará, muitos de pura grilagem.

O crime da grilagem, por vezes, não se limita à apropriação indevida das terras. Como imóveis sempre representaram no país um negócio lucrativo, não é incomum verificarmos atos de grilagens com finalidades outras, como a obtenção de empréstimos bancários, oportunidade de se oferecer o bem como garantia de ônus reais e execuções judiciais, dentre outras negociatas escusas.

A imaginação envolvendo o crime de grilagem é bastante fértil e altamente lucrativa, como registra Ibraim Rocha et. al²⁵, no seguinte exemplo:

O valor monetário deste crime é assustador: denúncias apresentadas pelo Greenpeace revelam que sete corretoras virtuais oferecem à venda pela internet 11 milhões de hectares de floresta nos estados do Amazonas, Pará, Rondônia e Roraima por um valor de quase R\$ 1 bilhão. Este fenômeno introduziu uma nova modalidade de crime que poderia ser denominada de “cibergrilagem”. Qual o valor dos 100 milhões de hectares de terras públicas que a CPI da Terra denuncia como áreas griladas? Qual o valor das madeiras nelas existentes? Quantos milhares de famílias indígenas, remanescentes de quilombo, ribeirinhos, posseiros, colonos ocupam estas terras e disputam seu uso?

Além de contribuir para aumentar a distribuição desigual de terras, a grilagem de terras públicas é um dos principais fatores da violência no campo:

A questão do combate à grilagem não pode ser encarada simplesmente como um mero exercício acadêmico; não podemos esquecer suas consequências sociais (despejos irregulares, queima de casas, ameaças e assassinatos de trabalhadores e trabalhadoras rurais) e ambientais (desmatamento e extração ilegal de madeira). Os conflitos sociais que dão ao Pará o triste primado de “campeão nacional da violência no campo” são gerados por este

²³ ROCHA, op. cit., p. 378/379. O festival de absurdos pode ser conferido no artigo de Paraguassú Éleres, intitulado Cadastro de Imóveis Rurais e Grilagem, na *Revista de Direito Agrário* n. 20, 2007. p. 121-130.

²⁴ ÉLERES, Paraguassú. Cadastro de Imóveis Rurais e Grilagem. In: *Revista de Direito Agrário*, n. 20, 2007. p. 121-130.

²⁵ ROCHA et. al., op. cit., p. 379.

crime, e não são fruto do acaso, mas consequência direta desta apropriação indevida. Violência e grilagem são duas faces da mesma moeda²⁶.

Ciente desse problema, o legislador pátrio editou recentemente leis visando amenizar o caos fundiário que se instaurou no país por conta da grilagem, como a Lei nº. 10.267, de 29 de agosto de 2001, regulamentada pelo Decreto n. 4.449/2001,²⁷ que inovou ao exigir a identificação dos imóveis rurais com base na medição do imóvel com suporte geodésico, por meio do georreferenciamento, como requisito para se efetuar qualquer transação no imóvel rural²⁸.

Outra legislação importante para o combate à grilagem é a Lei n. 11.952 de 25 de junho de 2009, fruto da conversão da Medida Provisória n. 458 de 11 de fevereiro de 2009, que busca promover a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal.

Apesar da importância dessas legislações para o combate à grilagem, o cancelamento administrativo do registro imobiliário previsto na Lei n. 6.739/79 é, sem sombra de dúvidas, um dos instrumentos mais eficazes, porque ataca, justamente, o ato que dá a aparência de regularidade à propriedade fruto da grilagem, que é o registro do imóvel.

Frente à invulgar história de grilagem de terras públicas, frente os agentes desta ilegalidade tão acostumados a seguir impunemente a pilhagem do patrimônio público, o remédio deve ser o mais amargo possível, uma vez que não têm o mínimo pudor de registrar absurdas dimensões de terras públicas como privadas, aproveitando-se de má-fé de Cartorários sem compromisso com a coisa pública em verdadeira afronta à dignidade da justiça²⁹.

Dessa maneira, o cancelamento administrativo do registro imobiliário previsto na Lei n. 6.739/79 constitui-se um dos importantes instrumentos previstos no ordenamento jurídico pátrio para se combater um dos maiores cânceres do país: a grilagem de terras públicas. Apesar disso, não vem sendo utilizado com frequência e, muitas vezes, não é

²⁶ ROCHA et. al., op. cit., p. 379/380.

²⁷ Conforme esclarece a Exposição de Motivos, o referido diploma legal “[...] criou o Cadastro Nacional de Imóveis Rurais – CNIR, o qual, permitindo o monitoramento das áreas rurais privadas e públicas, coibirá, eficazmente, a ação de usurpadores de terras públicas, ao mesmo tempo em que proporcionará o levantamento da malha fundiária real do País.” (Trecho extraído da EM 00030/2002, referente ao Decreto n.º 4.449/2011, quando da submissão do projeto ao Presidente da República. O inteiro teor pode ser consultado em: <www.irib.org.br>).

²⁸ Anteriormente à Lei nº. 10.267/2001, a identificação dos imóveis rurais para fins de registro era baseada, unicamente, em descrições literais, não havendo exigências de medições. O que se percebeu foi que esse método era impreciso e inseguro, acarretando indefinições dos limites de um determinado imóvel e superposições de áreas.

²⁹ ROCHA et. al., op. cit., p. 385.

admitido por parcela da doutrina e da jurisprudência, tema este que será explorado nos capítulos seguintes.

2 O INSTITUTO DO CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO

Antes de adentrar nos fundamentos contrários e favoráveis ao uso do cancelamento administrativo do registro imobiliário irregular, cumpre explorar um pouco mais este instituto, visando a sua correta compreensão, o que se fará no presente capítulo.

2.1 Origem do cancelamento do registro imobiliário

Segundo João Daniel Macedo de Sá³⁰, a origem do sistema de registro de imóveis no Brasil está diretamente ligada à proteção do crédito, cujas bases remontam ao registro de hipotecas, criado em 1843, para possibilitar a concessão de crédito, utilizando a terra como garantia, pois a economia naquela época era baseada, principalmente, na agricultura. Por essa razão, a origem do instituto do cancelamento do registro imobiliário também remonta aos regulamentos hipotecários.

Em estudo específico sobre o tema, Afonso Francisco Caramuru³¹ faz um apanhado histórico da origem e evolução do instituto do cancelamento do registro imobiliário, destacando que a sua primeira previsão normativa ocorreu na Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, colocando o cancelamento no mesmo título destinado à extinção da hipoteca, dele tratando no art. 12 de forma sucinta, ao prever que o cancelamento pode ser convencional ou decorrente de decisão judicial.

Essa Lei foi regulamentada pelo Decreto-lei n. 3.453, de 26 de abril de 1865, denominado Regulamento Hipotecário. Mantendo coerência com a Lei, o Regulamento dispôs que o cancelamento somente poderia ser obtido por expresso consentimento de todos os interessados ou por sentença passada em julgado (art. 105).

No entanto, o citado Regulamento acabou consagrando importante regra que inspirou o legislador do Código Civil de 1916, ao estabelecer que o registro somente perderia seus efeitos após o cancelamento, de nada importando a prova de que o negócio jurídico estivesse desfeito, extinto, anulado ou rescindido (art. 107), consagrando, com isso, a dissociação entre o registro e o título então hábil para gerar ou perder os direitos reais.

Essa distinção ficou ainda mais evidente em razão do disposto no art. 108 do Regulamento, onde se prevê a hipótese de cancelamento

³⁰ SÁ, João Daniel Macedo. A possibilidade do cancelamento administrativo de registros de imóveis e o combate à grilagem [recurso eletrônico]. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 14, n. 103, p. 389, jun./set. 2012.

³¹ CARAMURU, Afonso Francisco. *Do Registro de Imóveis e seu Cancelamento*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 188-200.

fundado na nulidade da inscrição ou transcrição que não fosse por vício no negócio jurídico.

Ora, ao dispor desta maneira, o legislador demonstra claramente que reconhece haver causas distintas de nulidade do ato do registro e do negócio jurídico transcrto, inscrito ou averbado, ou seja, de que o ato do registro é um ato jurídico diverso do negócio jurídico nele constante, passo decisivo para a admissão da sistemática adotada pelo Código Civil³².

Apesar da distinção entre registro e o negócio jurídico (título) estar contemplado em norma há mais de um século, até os dias de hoje ela não é bem compreendida por alguns operadores do direito, pois como assevera Afonso Francisco Caramuru³³:

Basta ver que se rebelam, constantemente, partes ditas interessadas em procedimentos de controle de legalidade dos atos registrários, que se acham ofendidos na garantia da ampla defesa, por não terem sido chamados a tais procedimentos, quando, em verdade, são personagens alheios ao ato do registro, distinto, como se vê desde o Regulamento Hipotecário de 1865, do negócio jurídico inserto na serventia imobiliária.

Em seguida, foi editado o Decreto-lei n. 169-A, de 19 de janeiro de 1980, considerado a primeira lei de registros públicos da República. Em seu art. 12, repetiu as espécies de cancelamento previstas na lei anterior: por sentença judicial ou por convenção das partes.

Essa lei foi regulamentada pelo Decreto-lei n. 370, de 2 de maio de 1890. O art. 103, *caput*, repetiu a regra de distinção entre o cancelamento do ato de registro e o desfazimento do negócio jurídico. Mas a grande novidade do Decreto-lei n. 370/1890 veio no parágrafo único do mesmo artigo, que permitiu o cancelamento do registro independentemente de ação judicial nas hipóteses de nulidade de pleno direito, *in verbis*:

Art. 103 [...]

Parágrafo único. As nulidades de pleno direito e não dependentes de ação, uma vez provadas, invalidam o registro, ainda que este não se tenha cancelado³⁴.

Assim, surge pela primeira vez no direito registral imobiliário, a figura do cancelamento administrativo motivado por nulidade de pleno

³² CARAMURU, op. cit., p. 190.

³³ Ibid., p. 191.

³⁴ Ibid., p. 193.

direito do registro, ainda que não se recorresse à convenção das partes ou a uma ação judicial, com vistas a se obter uma sentença pela via contenciosa, únicos títulos até então hábeis para alcançar o cancelamento.

Esta previsão normativa, sem dúvida, constitui-se o embrião do cancelamento administrativo previsto na Lei n. 6.739/79, pois se permitia o controle da legalidade dos atos registráis pelo Poder Judiciário na esfera administrativa, nas hipóteses de nulidade de pleno direito do registro.

Sobre a importância da inovação legislativa, Afonso Francisco Caramuru³⁵ leciona o seguinte:

Tinha-se, então, caminhado mais um passo adiante na distinção entre o ato de registro e os negócios jurídicos geradores e extintores de direitos reais, na medida em que se permitia que o órgão controlador da legalidade dos atos registrários, que, a esta altura, já era o Poder Judiciário, a quem se subordinavam os Oficiais do Registro, sem que houvesse ação, *sponte sua, motu proprio*, determinasse o cancelamento do ato que, à evidência, contrariava a legislação de ordem pública incidente. Veja-se que o dispositivo ora em análise fala em invalidação do registro, fazendo nítida separação entre o ato registrário (transcrição, inscrição ou averbação) e o negócio jurídico, que não era alcançado pelo cancelamento. A regra, também, faz questão de distinguir este cancelamento, decorrente de nulidade de pleno direito comprovada e as hipóteses de cancelamento decorrentes de convenção das partes, um negócio jurídico estabelecido entre os interessados para a retirada do mundo dos registros de determinado ato, bem como daquele decorrente de ação judicial proposta por algum prejudicado. É nova espécie de cancelamento, autônoma e que se cria no bojo deste novo regulamento hipotecário e que representou mais um passo para a autonomia do instituto do cancelamento.

Depois disso, foi editado o Decreto-lei n. 4.827, de 7 de fevereiro de 1924, que buscou regulamentar na matéria de registros públicos, o Código Civil de 1916. A grande novidade desse diploma legal veio no artigo 289, ao prever a possibilidade de cancelamento mediante um “documento hábil”, entendendo-se este, como sendo qualquer documento que seja prova irrefutável da extinção do fato capaz de permitir o surgimento do direito real constante do registro. Essa disposição foi repetida no seu regulamento, o Decreto-lei n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, no seu art. 173, alínea “c”, inciso IV³⁶.

Tratamento semelhante foi dado à matéria pelo Decreto-lei n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, que repetiu de forma mais técnica, as normas constantes dos regulamentos que o antecederam. Trata o cancelamento como uma espécie de averbação (art. 288), que ocorrerá através de um título - sentença judicial transitada em julgado ou acordo dos interessados

³⁵ CARAMURU, op. cit., p. 194.

³⁶ Ibid., p. 194-195.

- (arts. 289 c/c 294) ou administrativamente nos casos de nulidade de pleno direito do ato do registro (art. 229); passa a utilizar a noção de título e não mais “contrato” para referir-se à distinção entre o ato do registro e o fato jurídico que dá nascimento ao poder de obter o direito real mediante o ingresso na serventia imobiliária; consagrando dessa forma, o registro como modo de aquisição e perda de direitos reais sobre imóveis³⁷.

A atual e vigente lei de registros públicos, a Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, alterou profundamente a matéria do registro imobiliário, criando a sistemática da matrícula do imóvel, aproximando ainda mais, o regime jurídico brasileiro do regime alemão, que inspirou a regulação do registro como modo de aquisição e perda de direitos reais pelo Código Civil vigente.

A referida Lei, alterada pela Lei 11.952/2009, ampliou as hipóteses de cancelamento do registro conforme rol exposto no art. 250³⁸, *in litteris*:

Art. 250 - Far-se-á o cancelamento:

I - em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado;

II - a requerimento unânime das partes que tenham participado do ato registrado, se capazes, com as firmas reconhecidas por tabelião;

III - A requerimento do interessado, instruído com documento hábil.

IV - a requerimento da Fazenda Pública, instruído com certidão de conclusão de processo administrativo que declarou, na forma da lei, a rescisão do título de domínio ou de concessão de direito real de uso de imóvel rural, expedido para fins de regularização fundiária, e a reversão do imóvel ao patrimônio público.

Além disso, manteve a lei o importante dispositivo que prevê o cancelamento administrativo do registro nulo de pleno direito independentemente de ação direta (*Art. 214. As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta*).

Diante da criação da figura da matrícula, a vigente lei também dedicou artigos para regular o cancelamento desta, onde, basicamente, repete para ela, a mesma regra do cancelamento do registro, qual seja, a de que a matrícula pode ser cancelada por decisão judicial, inovando, ao permitir o cancelamento, quando por fusão ou alienações parciais, deixar o imóvel de existir no registro, hipótese em que haverá o encerramento da matrícula originária (arts. 233 e 234).

Apesar da importância do referido diploma legal para o sistema registral brasileiro, não houve muita novidade em relação ao instituto do cancelamento, que por constituir-se modo de aquisição e perda de

³⁷ CARAMURU, op. cit., p. 197/197.

³⁸ BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm>. Acesso em 22 set. 2013.

direitos reais, merecia uma melhor atenção do legislador, conforme registra Afonso Francisco Caramuru³⁹:

Vê-se, portanto, que, apesar de ter procurado aproximar o modelo brasileiro ao teutônico, criando a figura da matrícula, a Lei n. 6.015/73 foi tímida ao tratar do cancelamento, mantendo a mesma estrutura dos regulamentos que a antecederam, levando-se, pois, à nítida conclusão de que o regime jurídico do cancelamento não é, ainda, o adequado em nosso direito, tendo em vista que não acompanhou a profunda alteração conceptual trazida pelo codificador ao erigir o registro imobiliário à condição de único modo de aquisição e perda de direitos reais. Diante desta insuficiência normativa e das múltiplas questões que surgiram ao longo dos anos da vigência do Código Civil, criaram-se vários problemas, a serem enfrentados pelos estudiosos do direito, problemas estes, que inevitavelmente, desembocam na necessidade de se tornar suficiente e satisfatório o tratamento da figura do cancelamento, até agora regulada superficialmente em nosso direito.

Por fim, como última novidade da matéria concernente ao cancelamento administrativo, adveio a Lei n. 6.739/79, objeto deste estudo. Essa lei acrescentou mais uma hipótese de cancelamento, possibilitando que as pessoas jurídicas de direito público pudessem requerer ao Corregedor-Geral de Justiça o cancelamento de matrícula e de registro de imóveis rurais vinculados a títulos nulos de pleno direito, ou feitos em desacordo com a Lei nº 6.015/73 (art. 1º).

E a novidade normativa surgiu justamente para sanar irregularidades no sistema registral, notadamente àquelas oriundas de grilagem de terras, conforme registra João Daniel Macedo de Sá⁴⁰:

Essa modificação parcial do procedimento de cancelamento decorreu da necessidade de propiciar ao Poder Público meios eficientes para combater as graves consequências decorrentes de irregularidades e das ilegalidades relativas ao registro e à matrícula de terras pertencentes à União e a alguns Estados, como a prática de grilagem e venda para terceiros, as quais estavam gerando insegurança nos negócios jurídicos. Nesse sentido, veja-se a Representação de Inconstitucionalidade nº 1.078-8-DF, julgada pelo STF em 23 de março de 1983.

Observa-se, portanto, que a grande inovação trazida na Lei n. 6.739/79, em relação às demais legislações que lhe antecederam, é a possibilidade de cancelamento administrativo do registro com fundamento na nulidade do título que lhe deu causa. Antes desse marco legislativo isso não era possível. O cancelamento administrativo somente poderia ocorrer

³⁹ CARAMURU, op. cit. p. 200.

⁴⁰ SÁ, op. cit. p. 393.

por vício intrínseco ao registro (art. 214 da Lei nº 6.015/73), mas não quando dizia respeito a defeitos em relação ao título em si que lhe deu origem, situação em que o cancelamento deveria ser precedido de decisão judicial transitada em julgado. E essa inovação até hoje não foi muito bem assimilada por parte da doutrina e jurisprudência pátrias.

À vista do exposto, verifica-se que o instituto do cancelamento do registro imobiliário passou por uma grande evolução: de mero apêndice ao registro de hipotecas para revelar-se como modo de aquisição e perda de direitos reais; da autonomia conquistada pela dissociação feita entre o registro e o título, para constituir-se importante ferramenta de combate ao problema da grilagem de terras públicas, ao permitir que o Poder Público promova o cancelamento do registro analisando a substância do título - nulo de pleno direito - que lhe deu origem.

2.2 Da relação causal entre o título e o registro

O estudo da origem do cancelamento administrativo permitiu constatar que o registro público constitui-se ato administrativo autônomo e distinto do título que lhe deu causa. Cumpre, aqui, estudar a relação existente entre eles, à luz dos sistemas jurídicos existentes.

Segundo Orlando Gomes⁴¹, três sistemas jurídicos tratam da aquisição do domínio, quais sejam:

- Sistema romano - a propriedade só se adquire por um modo. Não basta a existência do título, pois é necessário que esse ato jurídico se complete pela observância de um *modo* (forma de aquisição), a que a lei atribui a aptidão de transferir o domínio. Assim, *título* e *modo* (leia-se registro) eram necessários à aquisição da propriedade, não sendo o primeiro suficiente para transferir o domínio. O modo ou registro, por sua vez, só transferia o domínio se o título fosse justo.
- Sistema francês - o título é suficiente para transferir a propriedade, não sendo necessário um *modus*. Assim, os contratos têm efeito translativo, isto é, o negócio jurídico transmite por si mesmo a propriedade, sem que seja necessário o modo de aquisição (registro).
- Sistema alemão- o ato jurídico que cria a obrigação de transferir a propriedade é independente do ato pelo qual a propriedade se transfere. Esta é uma convenção feita com esse objetivo especial, que, embora tendo como causa o outro negócio jurídico, a ele não está condicionado, porque, na transmissão da propriedade, abstrai-

⁴¹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 133-134.

se a causa. Nesse sistema, o contrato (título) não é apto, por si só, de transferir o domínio. Outro negócio jurídico se faz necessário, e, é através dele, que se realiza a inscrição no Registro Imobiliário que resulta na transmissão do domínio. Distingue-se do sistema romano, porque neste, há vinculação do modo ao título; a causa não é abstraiada; e não é necessário outro negócio jurídico para transferir-se o domínio.

O Direito Brasileiro já adotou o sistema francês, porém atualmente se assemelha ao modelo romano. Caio Mário da Silva Pereira⁴² resgata a história de como ocorreu essa mudança:

Nosso direito anterior ao Código de 1916, desprendendo-se do passado histórico, atribuiu força translativa ao contrato, admitindo que os imóveis se transmitissem solo consensu, e, desta sorte, perfilhava doutrina análoga à do Código Francês (art. 712), bem como dos que a este se prenderam pela mesma técnica (italiano, espanhol). Considerava-se, então, que a propriedade se transmitia exclusivamente pelo contrato, sem a necessidade de outra exigência. Sentindo, porém, os riscos que daí forçosamente se originavam, entenderam os nossos juristas que a transcrição se tornava necessária “para que a transferência tivesse valor contra terceiros”. Em crítica ao sistema então vigente, na qual envolve também o direito francês, Virgílio de Sá Pereira objeta que o direito brasileiro consagrava verdadeira contradição essencial, pois que, se o contrato bastava para transferir o domínio, mas o registro era necessário a que prevalecesse *erga omnes*, na verdade não se verificava a transferência do domínio por força do contrato, uma vez que é da essência da propriedade a sua validade em relação a todos (*erga omnes*). Se a transmissão da propriedade ao adquirente operava apenas inter partes, isto é, com força limitada aos contratantes apenas, o título na verdade não produzia efetivamente a consequência de transferir o domínio senão a partir do momento em que se completava o seu registro, pois que não existia e não podia existir um domínio que tivesse validade apenas entre as partes.

A contradição não havia passado despercebida aos nossos civilistas, que então classificavam a transcrição como uma tradição solene, a ser exigida como elemento necessário à transferência imobiliária. Teixeira de Freitas (Consolidação das Leis Civis, pág. 110, da Introdução), com a largueza de sua visão, defendia o caráter publicitário da transcrição e, ao mesmo tempo, por explícito sustentava preencher ela o fim da tradição, separando os direitos reais dos chamados direitos pessoais. Lafayette, na

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.4. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 119-122.

segurança do seu estilo, salientava que antes da transcrição o domínio do imóvel não passa do alienante para o adquirente, o que o levava a considerar que a transcrição do título era um modo de aquisição do domínio e seus direitos elementares. Os nossos dois maiores civilistas do tempo deram-se, portanto, as mãos para assentar a necessidade da transcrição como elemento da transmissão do domínio, e defender a reforma de nosso direito.

[...]

Ao elaborar o seu Projeto, Clóvis Beviláqua teve presente a doutrina civilista brasileira então vigente, bem como a contribuição germânica, resultando no Código Civil de 1916, um sistema adaptado às condições da propriedade no País que, não dispondo de um sistema de cadastramento como a Alemanha, não poderia instituir o registro geral de imóveis com os efeitos do sistema tedesco. Limitou-se, pois, o nosso direito a instituir um sistema de registro aproximado do germânico: a técnica germânica da aquisição do domínio pelo registro, mas sem os efeitos todos.

Igual orientação foi adotada pelo Código Civil de 2002.

Portanto, o sistema brasileiro do Código Civil de 1916, mantido no atual Código Civil de 2002, perfilhou o modelo romano, ao adotar a teoria do título e do modo para fins de aquisição da propriedade. Sem o registro não se adquire, *inter vivos*, a propriedade de bem imóvel. Ou seja, não basta o título para gerar o efeito translativo, pois o fundamental é o modo aquisitivo, isto é, o registro.

O sistema brasileiro se aproxima do alemão, mas se diferencia dele em ponto fundamental. Enquanto no sistema alemão adota-se a regra da abstração da causa, operando o registro a presunção absoluta (*juris et de jure*) da propriedade, no sistema jurídico brasileiro o título serve de causa à futura aquisição da propriedade, repercutindo diretamente no registro, que somente gera presunção relativa (*juris tantum*) da propriedade.

Portanto, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴³, o sistema registral pátrio apresenta duas características fundamentais, quais sejam:

- *vinculação do modo ao título* - a eficácia do registro sempre será condicionada à validade do título, sendo correto afirmar que qualquer vício instalado no negócio jurídico originário poderá, a qualquer tempo, contaminar o registro, acarretando a perda da propriedade pelos adquirentes sucessivos. A aparência registral sempre estará sujeita à realidade jurídica;

⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 249.

- *relatividade da presunção de propriedade* - em princípio, quem registra é dono. Todavia, se o teor do registro não exprimir a verdade, caberá ao contestante invalidá-lo. Portanto, se, por um lado, o proprietário não desfruta de um título indestrutível, por outro terá a comodidade de aguardar que o terceiro apresente as provas necessárias, haja vista que a presunção *juris tantum* de propriedade, proporciona-lhe verdadeira vantagem processual, qual seja, inversão do ônus da prova. (destaques originais).

Diante de tais características, sempre que o título for inválido, inevitavelmente, o registro também o será, considerando a relação de causalidade entre eles. Por via de consequência, será possível o cancelamento do registro, em razão de defeito essencial do título que lhe deu causa.

Nesse sistema o *negócio causal* há de ser válido para que a transcrição produza seu efeito normal. Dito por outras palavras, a transcrição apenas completa, ainda que necessariamente, a operação iniciada com o contrato ou qualquer outro negócio translativo. O *modus* é condicionado pelo *titulus*. Não basta que este seja eficaz, porque não possui a virtude de efetuar a transferência da propriedade, mas, se é defeituoso, o vício contamina a transcrição que nele há de se fundar, inevitavelmente. Essa vinculação do *modo* ao *título* não deixa, assim, de ser vantajosa⁴⁴.

Conclui-se, portanto, que não há nada de novo na possibilidade de cancelamento administrativo do registro, em razão da nulidade do título que lhe deu origem, na forma prevista na Lei n. 6.739/79. Ao revés, trata-se de consequência lógica do sistema registral adotado pelo Direito Brasileiro, onde o negócio jurídico é causal, isto é, sempre vincula o modo de aquisição (registro) à causa que lhe deu origem e amparo jurídico.

2.3 Natureza jurídica do cancelamento administrativo

A análise da natureza jurídica do cancelamento administrativo é fundamental para se chegar ao ponto controverso deste trabalho, isto é, a possibilidade ou não de cancelamento de registro imobiliário por meio de procedimento administrativo.

A natureza jurídica do cancelamento sempre foi vista sob o aspecto procedural, considerando-o como uma espécie de averbação.

Walter Ceneviva⁴⁵, por exemplo, em sua obra *Lei dos Registros Públicos Comentada*, trata do cancelamento no mesmo capítulo que cuida da averbação, entendendo que o primeiro “[...] é espécie do gênero averbação, aplicando-se-lhe o quanto se disse sobre esta.”

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 142/143.

⁴⁵ CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 618.

No mesmo caminho trilha Maria Helena Diniz⁴⁶, ao registrar que “o serventuário apenas efetivará o cancelamento, que é um tipo de averbação, com a devida cautela e nos casos determinados expressamente pela lei”.

No entanto, essa concepção meramente formal ou procedural do cancelamento não logra transmitir a verdadeira dimensão desse instituto. O cancelamento não se exaure com a mera averbação. Ao revés, a sua natureza jurídica e efeitos jurídicos revelam uma complexidade muito maior do que uma mera anotação (averbação) no registro, conforme bem registra Afonso Francisco Caramuru⁴⁷:

O cancelamento, como se pôde observar, portanto, é um instituto muito mais complexo do que a mera formalidade de averbação que extingue direitos reais, como a tem reconhecido a doutrina, tendo contornos próprios e eficácia bem mais ampla. Em vista disto, chega-se mesmo, à constatação de que o cancelamento do registro, embora seja um dos atos registrários, uma espécie de averbação, quanto à forma, não é simplesmente isto. Por ter contornos próprios, por ser estribado em títulos peculiares, por ter, a um só tempo, o poder de criar e de extinguir direitos reais, diretamente, sem a intermediação de outro ato, como se dá nos demais casos de registro e de averbação, apresenta-se como um modo de aquisição e de perda dos direitos reais sobre imóveis.

Conforme visto em capítulo precedente, desde os regulamentos hipotecários, foi feita a distinção do título que fundamenta o cancelamento e o negócio jurídico que origina ou extingue o direito real. Em outras palavras, viu-se que o cancelamento do registro é considerado autônomo e independente do próprio ato cujo efeito se vai desfazer, que tem uma estrutura própria e que, portanto, não se limita à anotação feita pelo Oficial na coluna de averbações ou na matrícula.

Historicamente, esse título que embasa o cancelamento sempre foi uma convenção das partes interessadas ou uma decisão judicial, sendo esta última a que interessa aos propósitos deste estudo. A decisão judicial que constitui o título do cancelamento pode ter natureza jurisdicional⁴⁸

46 DINIZ, Maria Helena. *Sistema de registros de imóveis*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.425.

47 CARAMURU, op. cit., p. 214-215.

48 Cândido Rangel Dinamarco, conceitua jurisdição como “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (DINAMARCO, 2002, p. 309). Ainda segundo o autor, costuma-se ser atribuída uma tríplice conceituação para jurisdição, identificando-a ao mesmo tempo como um poder, uma função e uma atividade: “Na realidade, ela não é um poder, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual; assim como a legislação é o poder estatal exercido para criar normas e a administração, para governar. Como função a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar – notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios. A atividade jurisdicional constitui-se de atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento.” (op. cit., p. 297).

ou administrativa, consoante registra com precisão Walter Ceneviva⁴⁹, ao comentar o art. 250 da Lei 6.015/73, que trata do cancelamento:

[...] A decisão judicial que o determina pode ter feição contenciosa ou administrativa. Pronunciada pelo juiz corregedor, com caráter administrativo, será exequível quando transitar em julgado, embora não adquira qualidade de coisa julgada: esgotados os recursos ou não opostos no prazo, a decisão transita em julgado, mas, por sua natureza não jurisdicional, deixa de assumir o característico de imutabilidade próprio da coisa julgada. *Decisão*, portanto, foi vocábulo bem empregado neste artigo, como manifestação do juiz que pode não corresponder a exercício típico de jurisdição. Se, entretanto, a sentença for final, em processo contencioso, valerá irrevogavelmente como aplicação da norma ao caso concreto.

No mesmo sentido leciona Afonso Francisco Caramuru⁵⁰:

Da mesma forma, a expressão “decisão judicial”, pela sua amplitude, abarca não só as manifestações jurisdicionais do juiz, como também as exaradas nos procedimentos administrativos, em que o juízo corregedor permanente, controlador da legalidade dos atos do registrador, agindo como mero administrador, e, portanto, inclusive *sponte sua e ex officio*, também determina o cancelamento de algum ato de registro que, na sua atividade fiscalizadora, demonstrar ser espúrio ou ilegal. [...] Verificando o juiz responsável pela fiscalização dos atos registrários que há irregularidades e erronias, poderá determinar o cancelamento do mesmo, mediante decisão exarada em devido processo legal, que não abrange os autores do título causal, pois não se cuida deste em sede de cancelamento, como já se disse, sendo tal *decisum*, ainda que não exarado em procedimento contencioso jurisdicional, título hábil, também, para dar fulcro a um cancelamento.

Athos Gusmão Carneiro⁵¹ faz uma clara distinção entre a atividade jurisdicional e a atividade administrativa. Ressaltando que “a distinção não será certamente encontrada pelo critério subjetivo ou orgânico (de quem praticou o ato), pois os juízes também praticam atos administrativos” (Ibidem, p. 18), o referido autor apresenta o seguinte quadro de distinções entre as duas atividades estatais:

49 CENEVIVA, op. cit., p. 628-629.

50 CARAMURU, op. cit., p. 210-211.

51 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 18-20.

Ato Jurisdicional	Ato Administrativo
A atividade jurisdicional depende de “iniciativa da parte interessada”, mediante o ajuizamento de “ação” (<i>ubi non est actio ibi non est jurisdictio</i>).	A atividade administrativa normalmente não depende de requerimento do interessado, agindo, portanto, “de ofício”.
A “aplicação da lei” a uma pretensão é o “objetivo”, em si mesmo, da atividade jurisdicional; é a <i>razão de ser</i> da jurisdição.	A administração, quanto deva agir em conformidade com a lei, aplicando a lei, tem por “objetivo” a promoção do “bem comum”.
A atividade jurisdicional pressupõe como causa um litígio, uma “lide” (ainda que virtual), para cuja eliminação é aplicada a lei.	A atividade administrativa visa satisfazer necessidades individuais e coletivas, não tendo por pressuposto a existência de uma lide <i>entre partes</i> .
A atividade jurisdicional reveste-se (segundo Chiovenda) normalmente do caráter de atividade de “substituição”.	A atividade administrativa é “ <i>atividade primária</i> ” ou originária.
A jurisdição atua <i>sempre processualmente</i> , sob as regras da <i>dualidade de partes</i> e do <i>contraditório</i> , para apreciar conflitos “alheios” (o juiz julga <i>in re aliena</i>).	A administração geralmente age informalmente, embora deva organizar <i>procedimentos</i> , com ritos previstos em lei, para prover acerca de certos assuntos em que a própria administração é parte interessada (prover <i>in re sua</i>).
O ato jurisdicional de composição da lide (sentença de mérito) adquire a “ <i>autoridade de coisa julgada</i> ”, ou seja, seus efeitos tornam-se <i>imutáveis</i> .	As decisões administrativas podem apenas <i>precluir</i> no âmbito da administração (não admitem recurso administrativo), mas estão sujeitas, sem exceção, <i>quanto à sua legalidade</i> , ao reexame pelo Judiciário.

Observa-se, portanto, que o procedimento de cancelamento de matrículas ou registros amparados em títulos nulos de pleno direito reveste-se de todos os traços de uma atividade meramente administrativa, conforme exposição acima transcrita:

- 1º Não depende de requerimento do interessado, podendo o Juiz agir “de ofício”;
- 2º Tem por objetivo a promoção do bem comum, caracterizado pela preservação do sistema registral ou mesmo do patrimônio público;
- 3º Visa satisfazer necessidades individuais e coletivas, extirpando do sistema o registro irregular, sem que necessariamente exista uma lide *entre partes*;

- 4º Pode ser considerada uma atividade primária, pois o Juiz, ao cancelar registro ou matrícula irregular, não atua como substituto das partes (terceiro imparcial), mas sim como órgão de controle da legalidade dos atos do registrador (art. 236 da CF/88);
- 5º Possui procedimento que, embora simplificado, seu rito está expressamente previsto em lei (Leis 6.015/73 e 6.739/79);
- 6º A decisão administrativa está sujeita ao reexame pelo Judiciário, inclusive a própria legislação de regência prevê a hipótese de ação anulatória para desconstituir o ato administrativo de cancelamento do registro (art. 3º da Lei n. 6.739/79)⁵².

Sob esse enfoque, é possível afirmar-se que os atos de registro praticados por agentes públicos ou privados sob delegação do Poder Público (art. 236 da Constituição Federal) têm natureza jurídica de ato administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³ traz uma definição bastante completa sobre ato administrativo. Para o referido autor, é possível conceituar o ato administrativo como:

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

A definição acima de ato administrativo se encaixa com perfeição com a do ato do registro imobiliário, conforme demonstra com pericíencia Ibraim Rocha et. al.⁵⁴:

Deste modo, forçoso concluir que o ato do registro, de uma maneira geral, se enquadra perfeitamente no conceito de ato jurídico administrativo estabelecido por valiosa doutrina, haja vista que representa, como já foi dito, declaração do Estado, manifestada por agente público delegatário, de comandos concretos, complementares à lei e da própria Constituição, o que faz sob regime de direito público, visando a lhe dar cumprimento. Acrescente-se que de tal declaração emana efeitos jurídicos com a finalidade de atender o interesse público.

⁵² Trecho extraído com adaptações de artigo do autor, intitulado *Conselho Nacional de Justiça admite o cancelamento administrativo de matrículas irregulares de imóveis. Um grande passo para defesa das terras públicas.* (2010).

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 389.

⁵⁴ ROCHA et. al., op. cit., p. 384.

Uma vez configurado o ato de registro como sendo ato administrativo, toda disciplina que é inerente a essa espécie de ato jurídico lhe é aplicável, tais como os seus atributos (presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade) e, no que interessa a este estudo, a possibilidade de ser anulado ou invalidado pela própria Administração Pública.

Como é sabido, são inúmeros os problemas de registros de títulos tidos como nulos nos cartórios, os casos de invalidade destes títulos são os mais diversos. Os atos de registro que resultam na emissão de matrículas nulas de pleno direito podem ser anulados pelo próprio Poder Público enquanto no exercício da função administrativa. Os atos administrativos viciados são aqueles que estão em desconformidade com a lei, e quando se fala em ato administrativo, deve-se analisá-lo quanto à observância de sua validade frente ao ordenamento jurídico, sob o ponto de vista de todos os seus requisitos, competência, forma, finalidade, objeto e motivos, e que, portanto, qualquer registro de imóvel que se proceda mediante a violação dos requisitos, previstos na Lei nº 9.835/94, que regula as atividades notariais e, Lei nº 6015/73 - Lei dos Registros Públicos, certamente estão contaminadas por vícios de nulidade⁵⁵.

Como é cediço, a Administração pode desfazer seus próprios atos por considerações de mérito e de ilegalidade. Na primeira situação, estar-se-á diante de uma situação de revogação do ato administrativo, enquanto que na segunda tratar-se-á de uma hipótese de anulação. Em suma, a revogação é o desfazimento por motivo de conveniência ou oportunidade da Administração, ao passo que a anulação é a invalidação por motivo de ilegalidade do ato administrativo⁵⁶.

Essa matéria, inclusive, se encontra pacificada nos termos do enunciado n. 473 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte teor:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Portanto, o cancelamento administrativo do registro imobiliário irregular nada mais é do que a anulação de um ato administrativo inválido. Embora a redação da citada súmula do STF leve à interpretação de que se trata de uma faculdade da Administração, trata-se, em verdade, de um dever,

⁵⁵ ROCHA et. al., op. cit., p. 385.

⁵⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 203.

não havendo discricionariedade na escolha, conforme lição trazida por Lucas Rocha Furtado⁵⁷, ao explicar o contexto em que ela foi editada:

A potestade da Administração de anular seus atos viciados de vícios de legalidade deve ser traduzida como dever, como obrigação. Quando o STF editou as Súmulas nºs 346 e 473, discutia-se a existência ou não dessa potestade. Foi utilizado o verbo poder não como indicativo de opção ou de faculdade a ser utilizada caso a Administração julgue conveniente ou oportuno. Foi utilizado o verbo poder no sentido de que a Administração tem o poder de anular, e não de que dispõe da opção de anular. Por meio das referidas súmulas foi superada a discussão até então existente em nosso direito de que a Administração Pública não podia anular seus próprios atos e que, à semelhança de qualquer particular, teria de se submeter ao Poder Judiciário, único legitimado ao exercício desse mister.

A prerrogativa de que dispõe a Administração de anular atos viciados não pode ser entendida como juízo discricionário. Esta é a regra que se impõe à Administração: verificada a ilegalidade ou irregularidade, o ato deve ser anulado. Se, todavia, as circunstâncias do caso concreto justificarem a manutenção do ato e a simples correção dos vícios, tem a Administração o dever de convalidar o ato. Verificada a presença de defeito sanável, se for demonstrado que a solução que melhor realiza o interesse público é a manutenção do ato, tem o administrador o dever de convalidá-lo. Ao contrário, se o ato contiver vício sanável, e for demonstrado que a simples correção do vício e a consequente convalidação do ato violam o interesse público ou causam prejuízo à terceiro, a Administração tem o dever de anulá-lo.

No mesmo sentido, confira-se a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸:

Perante atos inválidos a Administração Pública não tem discricão administrativa que lhe permita escolher com liberdade se convalida um ato viciado ou se deixa de fazê-lo. Também não tem liberdade para optar se o invalida ou se deixa de invalidá-lo. Finalmente, não pode, outrossim, eleger livremente entre as alternativas de convalidar ou invalidar [...]

De fato, conforme visto no capítulo segundo deste trabalho, o regime jurídico administrativo dos bens públicos confere ao administrador o poder/dever de zelar, conservar e proteger o patrimônio público, sobretudo contra práticas de grilagens que importem em apropriações indevidas de terras públicas.

⁵⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 311-312.

⁵⁸ MELLO, op. cit., p. 483.

Ainda no mesmo âmbito, reitera Ibraim Rocha et. al.⁵⁹:

As práticas criminosas de grilagem de terras vêm gerando insegurança nos negócios jurídicos, dificultando as transações de terras, impedindo investimentos importantes, prejudicando sensivelmente o desenvolvimento socioeconômico do Estado, cabendo, portanto, ao Poder Público, no âmbito das atribuições que lhe foram conferidas, usar os meios e instrumentos legais em defesa do interesse da coletividade. E esse poder de agir, do ente público, deixa de ser uma faculdade para ser uma imposição, um dever.

Dessa maneira, não somente é possível, como na verdade se impõe que o Poder Público, no exercício da função administrativa, anule atos de registro considerados nulos de pleno direito, retirando-os do mundo jurídico.

Questão recorrente nessa temática, por sua vez, consiste na indagação sobre a possibilidade de convalidação, em razão do decurso do tempo, do registro irregular. Em outras palavras, é lícito se cogitar em prescrição ou decadência do prazo para Administração cancelar o registro vinculado a título nulo de pleno direito?

No âmbito da Administração Pública Federal, as normas gerais sobre processo administrativo estão dispostas na Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Segundo o artigo 54 da referida lei, a Administração Pública Federal tem o prazo decadencial de cinco anos para anular seus próprios atos, salvo comprovada má-fé⁶⁰.

No entanto, conforme destaca Célio Rodrigues da Cruz⁶¹, se houver lei específica que determine prazo diverso, deve prevalecer a norma especial.

A lei que trata do cancelamento administrativo do registro imobiliário vinculado a título nulo de pleno direito é a Lei n. 6.739/79. Nenhum artigo dessa lei, contudo, regulamenta o prazo prescricional ou decadencial do cancelamento⁶².

A omissão parece justificada. Primeiro, porque o art. 1º da Lei n. 6.739/79 se refere a título nulo de pleno direito, o que equivale a uma nulidade absoluta, e não uma nulidade relativa ou mera anulabilidade,

59 ROCHA et. al., op. cit., p. 389.

60 Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

61 CRUZ, Célio Rodrigues da. *Processo administrativo sancionador*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 13 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/course/view.php?id=18>>. Acesso em: 05 out. 2013.

62 O único prazo decadencial previsto na Lei n. 6.739/79 é para o ajuizamento de ação rescisória, que foi majorado em relação ao prazo de 02 (dois) anos previsto na norma geral (Código de Processo Civil) em razão do interesse público envolvido, já que relacionado à transferência de terras públicas rurais. Assim dispõe o art. 8º-C, incluído pela Lei nº 10.267/2001: “Art. 8º-C É de oito anos, contados do trânsito em julgado da decisão, o prazo para ajuizamento de ação rescisória relativa a processos que digam respeito a transferência de terras públicas rurais.”

hipótese na qual o registro irregular seria passível da convalidação. Nesse sentido dispõe o art. 169 do Código Civil de 2002, prescrevendo o seguinte: “*O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo*”.

Ainda que assim não se considere,⁶³ o registro nulo de pleno direito trata-se de um ato administrativo não convalidável, em razão do interesse público envolvido e o potencial de causar prejuízos a terceiros de boa-fé que venham a negociar com o imóvel objeto do registro nulo.

Sob esse aspecto, o interesse público está caracterizado pela necessidade de se manter hígido o sistema de registro de imóveis, haja vista que se trata de atividade exercida em caráter privado sob delegação e fiscalização do Poder Público (art. 236, § 1º, da Constituição Federal).

Ademais, o cancelamento administrativo do registro imobiliário vinculado a título nulo de pleno direito tem como escopo, em geral, a tutela de um bem público, tanto que a referida lei dispõe que o cancelamento será requerido pela “*pessoa jurídica de direito público*” interessada. Sob esse prisma, não seria possível a incidência de prazo prescricional ou mesmo decadencial na espécie, sob pena de se admitir, por via transversa, a usucapião de bem público.

Conforme também foi visto no capítulo segundo deste trabalho, o regime especial incidente sobre os bens públicos tem características próprias, sendo uma delas a imprescritibilidade desses bens (arts. 183 e 191 da CF/88, 102 do Código Civil e Súmula 340 do STF).

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já teve oportunidade de se manifestar, em caso análogo, entendendo não fluir prazo prescricional para Administração Pública retomar imóvel outorgado a particular, através de Título de Domínio sob condição resolutiva, em razão da vedação à usucapião de bens públicos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. DESCONSTITUIÇÃO DE TÍTULO. CANCELAMENTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. EX-SOLDADO DA BORRACHA. TÍTULO COM CONDIÇÃO RESOLUTIVA EXPRESSA. NÃO QUITAÇÃO DAS PARCELAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

⁶³ Muitos autores consideram que o regime de invalidade dos atos jurídicos regulado pelo Direito Civil não se aplica integralmente ao Direito Administrativo. Maria Helena Diniz, por exemplo, entende que, enquanto no Direito Civil a nulidade só pode ser decretada pelo Juiz, no Direito Administrativo a Administração dispõe do poder de autotutela, não dependendo de provocação do interessado para decretar a nulidade (ob. cit., p. 234). Já Lucas Rocha Furtado entende que a distinção entre ato nulo e anulável existente no Direito Privado não existe no Direito Administrativo, “[...] salvo se se considerar que o só fato de haver atos administrativos passíveis de convalidação seja elemento suficiente para admitir a categoria do ato administrativo anulável.” (op. cit., p. 307-311).

1. A cláusula resolutiva constante do título aquisitivo expressamente prevê a nulidade da alienação, independente de ato especial ou de qualquer notificação ou interpelação judicial ou extrajudicial, na hipótese de não cumprimento das obrigações assumidas no Título de Propriedade. Inocorrência de prescrição aquisitiva.

2. Apelação provida.

(AC 2004.41.00.001958-0/RO, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.231 de 09/01/2009).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. DESCONSTITUIÇÃO DE TÍTULO. CANCELAMENTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO RESOLUTIVA EXPRESSA. ILEGITIMIDADE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PREVISÃO EXPRESSA DE CLÁUSULA RESOLUTIVA. EXTINÇÃO DO DIREITO. PROVIMENTO DECLARATÓRIO. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. Em se tratando de contrato de compra e venda para transmissão de propriedade, sob cláusula resolutiva, ausente o interesse público primário de que trata o art. 82 do Código de Processo Civil, não se fazendo necessária a manifestação do Ministério Público Federal, o que resulta em sua ilegitimidade para o recurso.

2. A previsão expressa de cláusula resolutiva conduz à extinção do direito a que ela se opõe, ou seja, implementada a condição, independentemente de interpelação ou qualquer outra ação judicial, resta extinto o direito. A resolução (resilição) opera-se ex tunc.

3. Para alguns mestres, havendo pacto comissório, o não pagamento leva à extinção de pleno direito, independentemente de intervenção judicial (Clóvis Beviláqua, Caio Mário e Arnold Wald). Outros, porém, entendem necessária a declaração judicial (Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues e Orlando Gomes). De qualquer forma, havendo resistência (lide) é necessário o pronunciamento judicial, como no caso.

4. Nessas hipóteses, a sentença será meramente declaratória, com efeito retroativo à data do descumprimento (ex tunc).

5. No caso, o autor da demanda busca provimento declaratório (nulidade do registro irregular), que não se sujeita aos prazos prescricionais, pois aplicável o princípio da inesgotabilidade ou perpetuidade, segundo o qual “o direito não se extingue pelo não uso”.

6. Não se pode falar em prescrição da ação, porquanto contraditório admitir que independe de ação e, ao mesmo tempo, declarar extinto o direito à ação, com repercussão no próprio direito de fundo, visto que a prevalecer o decidido na sentença recorrida, estar-se-ia admitindo a

aquisição da propriedade imobiliária de bem público por via transversa da prescrição. Não há direito contra direito.

7. Apelação do Ministério Públco Federal não conhecida.

8. Apelação do INCRA provida.”

(AC 2007.41.00.001066-0/RO, Rel. Desembargador Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma, e-DJF1 p.244 de 30/05/2008.)

Dessa maneira, impende concluir que o ato de registro tem natureza jurídica de ato administrativo; e, se em desconformidade com a lei que disciplina a sua edição, deve ser considerado nulo, não convalidável pelo decurso do tempo, impondo-se ao Poder Públco promover o seu cancelamento, em procedimento de feição meramente administrativa.

2.4 O cancelamento administrativo da Lei n. 6.739/79. Constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na Representação-RP nº 1070-8-DF

O que muitos não sabem é que a Lei n. 6.739/79 já foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Representação de Inconstitucionalidade n. 1070-8-DF, em julgamento realizado nos idos de 1983, razão pela qual nada justifica que ainda hoje se alegue a inconstitucionalidade da referida lei.

Nesse aspecto, confira-se a seguir, a ementa desse importante precedente⁶⁴:

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL 6.739, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1979. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PARAGRAFOS 1., 3., 15, 22 E 36 DO ARTIGO 153 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REPRESENTAÇÃO QUE SE JULGA IMPROCEDENTE. (RP 1070, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1983, DJ 27-05-1983 PP-07532 EMENT VOL-01296-01 PP-00109 RTJ VOL-00107-01 PP-00028).

Já no relatório do acórdão se tem importantes informações a respeito da exposição dos motivos que levaram à edição da referida lei, assim como dos debates travados no Congresso Nacional durante o processo legislativo.

E o combate à grilagem sempre foi um dos motes que justificaram a edição da Lei n. 6.739/79, consoante se observa do seguinte excerto do

⁶⁴ BRASIL, *Lei nº 6.739, de 05 de dezembro de 1979*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16739.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

acórdão, ao citar as informações prestadas pela Presidência da República na reclamação⁶⁵:

[...] conclui-se que a Lei nº 6.739/79 nasceu da necessidade urgente de se propiciar ao Poder Público os meios eficientes para combater as gravíssimas consequências, decorrentes de sérias irregularidades e ilegalidades concernentes ao registro e matrícula de terras pertencentes à União, a alguns Estados e à Reserva Indígena, com a agravante de serem essas terras vendidas a terceiros, causando vultuoso prejuízo ao Patrimônio Nacional.

Acrescente-se que tudo isso gerava insegurança nos negócios jurídicos, dificultava as transações, impedia investimentos importantes, prejudicando sensivelmente o desenvolvimento socioeconômico de importantes áreas do país, segundo se depreende dos fundamentos expostos pelo Executivo na Mensagem Presidencial encaminhada ao Legislativo e das discussões sobre a matéria no Congresso Nacional, inclusive pela Comissão Mista incumbida de examinar e emitir parecer sobre o Projeto.

As Leis existentes até então sobre registro e matrícula de imóveis rurais, eram deficientes e incapazes de oferecer esses meios legais indispensáveis para combater as graves irregularidades, as fraudes e a grilagem “patrocinada por alguns cartórios”, voluntariamente ou involuntariamente, segundo pronunciamentos de ilustres parlamentares no decorrer do trâmite do Projeto no Congresso Nacional.

Também do relatório do acórdão se extraí substancioso parecer da Procuradoria-Geral da República, opinando pela improcedência da representação e, por conseguinte, constitucionalidade da Lei n. 6.739/79.

Fazendo a devida distinção entre o sistema registral brasileiro e o sistema francês e germânico, já examinados em capítulo precedente, o Ministério Público asseverou com propriedade que no direito brasileiro o registro gera apenas uma presunção *iuris tantum* da propriedade, que pode, em consequência, ser desfeita por prova inequívoca em sentido contrário. Diante disso, concluiu da seguinte maneira⁶⁶:

Não resta dúvida de que, em face da presunção relativa de propriedade gerada pela transcrição, esta somente poderia ser desfeita por prova inequívoca em sentido contrário. E a isto atende a Lei nº 6.739, de 1979, ao exigir que o provimento do Corregedor-Geral se fundamente em provas irrefutáveis (art. 1º, § 1º).

⁶⁵ BRASIL, *Lei nº 6.739, de 05 de dezembro de 1979*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6739.htm>. Acesso em 22 set. 2013.

⁶⁶ Ibid.

[...]

O procedimento administrativo sumário estabelecido pela Lei nº 6.739, de 1979, para o cancelamento da matrícula e do registro de imóveis rurais visa a restabelecer a própria credibilidade e segurança do sistema de aquisição da propriedade imobiliária no direito brasileiro, e a garantir a circulabilidade dos bens e das riquezas, bem como a estabilidade do direito de propriedade, seriamente ameaçadas pelos atos praticados ao arrepio da lei.

No mesmo sentido trilhou o voto do Relator, Ministro Moreira Alves, afastando todas as inconstitucionalidades apontadas na Representação. De início, reportou-se ao já estudado sistema jurídico brasileiro de aquisição da propriedade, onde o título é causal e o registro correspondente gera presunção relativa do domínio⁶⁷:

Em nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre no direito alemão, o registro do título de aquisição de imóvel é causal e gera, apenas, a presunção iuris tantum de propriedade. O que importa dizer que, inválido o título, inválido será o registro, desfeita, assim, a aparência de transferência da propriedade.

Partindo-se dessa premissa, afastou a alegada violação constitucional ao direito de propriedade pela referida norma, aduzindo, para tanto, o seguinte⁶⁸:

Sendo o registro, em nosso sistema jurídico, causal, e, por isso mesmo, só gerando presunção iuris tantum de propriedade, esta só existe se for válido o título levado a registro. E quando se declara a nulidade do registro não se desconstitui o direito de propriedade, mas apenas se declara que ele não chegou a surgir. E o § 22 do artigo 153 da Constituição só protege direito de propriedade existente.

Também foi afastada a mencionada ofensa ao princípio da isonomia em razão do ente legitimado para requerer o cancelamento ser apenas a pessoa jurídica de direito público interessada, ao argumento de que o escopo da norma é proteger o interesse público, consubstanciado na tutela especial dos bens públicos⁶⁹:

[...] A restrição atende ao interesse público, uma vez que a extensão dessa faculdade a toda e qualquer pessoa poderia gerar insegurança e incerteza no sistema do registro imobiliário. Ademais, ao circunscrever-se tal faculdade apenas às pessoas jurídicas de direito público não só é mais um dos meios legítimos de preservação dos bens públicos - nunca ninguém

⁶⁷ BRASIL, *Lei nº 6.739, de 05 de dezembro de 1979*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16739.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

sustentou que a impossibilidade de usucapir bens públicos, inclusive dominicais, ofende o princípio constitucional da isonomia - mas também, de certa forma, protege o interesse de terceiros privados, facilitando o cancelamento de registros nulos, e desfazendo, portanto, aparências de propriedade legítima, aparências essas que, por serem os bens públicos insuscetíveis de usucapião, não podem vir a transformar-se em realidades.

Em relação à suposta violação ao princípio do contraditório, foi ressaltado pelo Relator no citado precedente, que “[...] a parte que teve o registro cancelado não se retira o direito de socorrer-se do Poder Judiciário, por meio de ação anulatória, como se vê do artigo 3º da lei em causa”. Quanto à alegada violação ao direito adquirido, retomando-se a temática vista no capítulo anterior deste trabalho, registrou-se no precedente que “[...] a declaração de nulidade, resultante, inclusive, de vício de ilegalidade, não fere, obviamente, direito adquirido, uma vez que de atos com tal eiva não se originam direitos”⁷⁰.

Por fim, o Ministro Relator consignou no histórico voto, que não há nada de estranho em mediante ato administrativo a lei permitir o cancelamento de registros nulos, tendo em vista que a Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios de ilegalidade, tema este também explorado no capítulo precedente. Nesse sentido, restou assentado no acórdão que o cancelamento:

[...] não é nada de extraordinário, certo como é que as súmulas 346 e 473, parte inicial, reconhecem que “A administração pode anular seus próprios atos” e “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos”⁷¹.

Logo se observa, portanto, que não há nada de inconstitucional no fato de que as Corregedorias de Justiça procedam à declaração de nulidade de registros imobiliários na forma da Lei n. 6.739/79, uma vez detectada a nulidade, o que está em pleno acordo com a inteligência sobre o tema já exposto pelo Excelso Pretório.

Tendo o Supremo Tribunal Federal a competência última para declarar a constitucionalidade das leis (art. 102, CF/88), não é razoável cogitar que passados mais de 30 (trinta) anos do julgamento, que por unanimidade, declarou a constitucionalidade da Lei n. 6.739/79, continuem existindo posicionamentos tendentes a não aplicá-la sob o argumento de sua suposta inconstitucionalidade.

⁷⁰ BRASIL, *Lei nº 6.739, de 05 de dezembro de 1979*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6739.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

⁷¹ Ibid.

3 RESISTÊNCIA AO INSTITUTO DO CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO

Consoante se viu no capítulo precedente, apesar da Lei n. 6.739/79 estar vigente, apesar de a sua constitucionalidade ter sido declarada pelo STF há mais de 30 (trinta) anos, apesar do instituto do cancelamento administrativo ter fundamentos jurídicos e sociais, até os dias de hoje se verifica certa resistência dos operadores do direito em utilizá-la.

Assim, visando explorar ainda mais a temática, cumpre abordar neste capítulo os principais argumentos contrários ao cancelamento administrativo.

Conforme exposto no capítulo introdutório deste trabalho, são dois os argumentos mais utilizados para rejeitar o uso do cancelamento administrativo previsto na Lei n. 6.739/79:

- i) A regra da Reserva da Jurisdição do § 2º do Artigo 1.245 do Código Civil de 2002; e
- ii) O respeito ao Devido Processo Legal e Contraditório.

3.1 A regra da reserva da jurisdição do § 2º do artigo 1.245 do Código Civil de 2002

Um dos principais argumentos contrários ao uso do cancelamento é o disposto no § 2º do artigo 1.245 do Código Civil, segundo o qual *“Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havidido como dono do imóvel”*.

Como já abordado no capítulo anterior, sempre existiu um dogma da doutrina e jurisprudência brasileira no sentido de ser necessário provocar a jurisdição para cancelar registro ou matrícula de imóvel em razão de defeito essencial do título (cláusula de reserva de jurisdição).

Segundo tal corrente, o cancelamento administrativo somente poderia ocorrer por vício intrínseco ao registro (art. 214 da Lei nº 6.015/73), mas não quando dizia respeito a defeitos em relação ao título em si, situação em que o cancelamento deveria ser precedido de decisão judicial transitada em julgado, em processo contencioso, de natureza jurisdicional.

A propósito do assunto, vale o registro trazido por João Daniel Macedo de Sá⁷²:

O art. 1245, § 2º, do Código Civil de 2002, estabelece que “Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade

⁷² SÁ, op. cit., p. 394.

do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel”.

Desse modo, segundo esse entendimento, o cancelamento administrativo de matrículas até pode ser realizado administrativamente, mas não quando se tratar de declaração de nulidade decorrente de vício de origem impediente da aquisição regular do domínio, situação que sempre deverá ser precedida de decisão judicial transitada em julgado. O posicionamento da doutrina e da jurisprudência pátrias, em geral, caminha nesse sentido: [...]

Um caso emblemático é a decisão do Conselho Nacional de Justiça - CNJ que, nos autos do Pedido de Providências (PP) n. 0001943-67.2009.2.0.0000, determinou o cancelamento de 5,5 mil registros imobiliários irregulares no Estado do Pará.

No caso em questão, diversos entes públicos e privados⁷³ levaram ao conhecimento do CNJ a situação verificada pela Comissão de Estudo e Monitoramento das Questões Ligadas à Grilagem de Terras no Estado do Pará, nos cartórios de registro de imóveis das comarcas do interior do Estado.

Em síntese, os requerentes se insurgiram contra o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Pará que, ao enfrentar o problema, defendeu o seguinte (BRASIL, 2010, p. 11):

[...] Administração tem pautado o seu procedimento no entendimento de que existem alguns casos de retificações de registro de imóvel que podem ser pleiteadas pelo interessado perante as Corregedorias de Justiça ou até mesmo no próprio registrador, entretanto se daí surgirem qualquer resistência por parte dos interessados, serão os mesmos remetidos à via ordinária para solucionarem o litígio, consoante determina os artigos 212 e 213, § 4º, da Lei 6.015/73. Portanto, não seria diferente quando em questão a própria titularidade do imóvel, pois o cancelamento de matrículas implica diretamente na perda do direito sobre o bem.

[...] o cancelamento do registro por nulidade, em si mesmo, pode ser feito na via administrativa, mas a declaração de nulidade de um título que serviu de base para o registro, necessita de decisão transitada em julgado.

Portanto, a tese da cláusula de reserva de jurisdição, assumida por considerável parcela da doutrina e jurisprudência pátria, limita-se a admitir a viabilidade do cancelamento administrativo para os casos de irregularidade formal do registro; para a hipótese de nulidade (dita plena) dos registros, quando a causa se refere aos títulos, caberia apenas a via judicial, a despeito da Lei n. 6.739/79 dispor o contrário.

⁷³ Segundo a decisão supra citada, tais entes foram o Estado do Pará, a Procuradoria Geral do Estado, o Instituto de Terras do Pará, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, o Ministério Público Federal, o Ministério Público Estadual, a Advocacia Geral da União, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Pará, a Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos, a Federação dos Trabalhadores na Agricultura – FETAGRI e a Comissão Pastoral da Terra. (BRASIL, 2010, pp. 8-17, DESP 28, p. 8.).

Em abono a essa tese, justifica-se que o Código Civil de 2002 é posterior à Lei n. 6.739/79, razão pela qual, num eventual conflito de normas, a posterior prevalece sobre a anterior. Daí porque essa corrente defende incondicionalmente a cláusula da reserva da jurisdição para todos os casos em que se fizer necessário cancelar registro ou matrícula por defeito essencial do título, ou seja, o negócio jurídico que constitui o modo de aquisição da propriedade, reservando-se a via administrativa apenas para os casos de irregularidade formal no registro imobiliário.

3.2 Devido Processo Legal e Contraditório

Outro argumento contrário ao uso do cancelamento administrativo do registro imobiliário é que o procedimento estatuído na Lei n. 6.739/79 ofende os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, inciso LV, da CF/88).

De fato, inúmeras são as decisões judiciais que deixam de aplicar a legislação federal ao argumento de violação a esses princípios, remetendo as partes, para o fim do cancelamento, à via jurisdicional⁷⁴.

A decisão do CNJ nos autos do Pedido de Providências (PP) n. 0001943-67.2009.2.0.0000, citada no tópico anterior, também ilustra com propriedade esse entendimento. Isso porque, ao se manifestar sobre o PP formulado perante aquele órgão de controle, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará (BRASIL, 2010, p. 11):

[...] se posicionou pela impossibilidade de cancelamento administrativo das matrículas nulas de pleno direito, de que trata a Lei nº 6739/1979, que prevê hipótese de providências administrativas, com respeito ao devido processo legal e ampla defesa, para o cancelamento de matrículas irregulares, entendimento que foi ratificado na 1ª Sessão Extraordinária do Conselho da Magistratura realizado no dia 19.03.2009. (destaques do autor).

Entendeu ainda o referido Tribunal, que o cancelamento de registros imobiliários pela via administrativa somente seria possível quando se fundasse em vícios intrínsecos aos próprios registros, e caso houvesse alguma resistência por parte dos interessados, a questão deveria

⁷⁴ A afirmação que se faz tem embasamento empírico, já que na esfera de atuação profissional se depara com inúmeras decisões judiciais nesse sentido. Veja, por exemplo, o acórdão do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins no processo administrativo n. 5000351-07.2013.827.0000, onde se buscava o cancelamento administrativo de registro decorrente de aquisição irregular de imóvel rural por estrangeiro, tido como nulo de pleno direito pela legislação que rege a matéria (art. 15 da Lei n. 5.709, de 07 de outubro de 1971). O referido Tribunal não admitiu o cancelamento na via administrativa, dentre outros argumentos, porque “a anulação de matrícula de registro de imóvel, no âmbito estreito do feito administrativo, desprovido do necessário contencioso, far-se-ia tabula rasa do disposto no artigo 233, inciso I, da Lei de Registro Públicos, o qual determina que o cancelamento de Matrícula seja derivado de sentença judicial, posto que, é na via judicial que se abre o debate sobre qualquer nulidade do título, tendo sua decretação reflexo sucessivo nos registros ulteriormente confeccionados, pois ali será observado o contraditório e todas as garantias constitucionais e legais asseguradas aos litigantes e interessados.” O inteiro teor da decisão pode ser consultado no site: <www.tjto.jus.br>.

ser remetida para a via ordinária (jurisdicional), dando a entender que somente nessa esfera seria possível respeitar o contraditório e a ampla defesa.

Apesar do entendimento defendido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará à época, o CNJ determinou o cancelamento dos registros “[...] inequivocamente incompatíveis com a legislação constitucional e infraconstitucional, ainda que não individualmente identificados”.

Nesses limites, devem ser cancelados todos os registros, com as averbações necessárias em todos os atos e transferências subsequentes encerrando-se a matrícula respectiva, nos Cartórios de Registro de Imóveis do interior do Estado do Pará de sua situação, referentes aos imóveis rurais atribuídos a particulares, pessoas físicas ou jurídicas e originariamente desmembrados do patrimônio público estadual por ato da Administração que configure concessão, cessão, legitimação, usucapião, compra e venda ou qualquer tipo de alienação onerosa ou não, e que, sem autorização do Senado ou do Congresso:

- tenham sido lançados, no período de 16 de julho de 1934 a 8 de novembro de 1964, com área superior a 10.000 (dez mil) hectares;
- tenham sido lançados, no período de 9 de novembro de 1964 a 4 de outubro de 1988, com área superior a 3.000 (três mil) hectares;
- tenham sido lançados, a partir de 5 de outubro de 1988, com área superior a 2.500 (dois mil e quinhentos) hectares (*ibidem*, p. 16).

Entretanto, em 2011, em decorrência da propositura de um mandado de segurança coletivo (Processo nº 29.312), o STF suspendeu, liminarmente, apenas para os impetrantes, os efeitos da referida decisão do CNJ, até o julgamento do seu mérito.

Em decisão monocrática, a Relatora do Mandado de Segurança à época, Ministra Ellen Gracie, suspendeu os efeitos da decisão do CNJ apenas em relação aos Impetrantes, utilizando, dentre outros argumentos, o fundamento de que houve violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório, consoante se observa do seguinte excerto do *decisum*:

Constato que o Pedido de Providências 0001943-67.2009.2.00.0000 tramitou em segredo de justiça, motivo por que não tiveram o impetrante e seus filiados acesso regular ao feito.

É dizer, não foram eles previamente intimados para se defender perante a Corregedoria Nacional de Justiça, o que ofende, a princípio, os mandamentos insertos no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Nesse sentido foi o acórdão proferido, recentemente, pelo Plenário desta Suprema Corte, ao julgar o Mandado de Segurança 27.154/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. NOTIFICAÇÃO DE PESSOAS DIRETAMENTE INTERESSADAS NO DESFECHO DA CONTROVÉRSIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE.

Sempre que antevista a existência razoável de interessado na manutenção do ato atacado, com legítimo interesse jurídico direto, o CNJ está obrigado a dar-lhe ciência do procedimento de controle administrativo.

Identificado o legítimo interesse de terceiro, o acesso ao contraditório e à ampla defesa independem de conjecturas acerca da efetividade deste para produzir a defesa do ato atacado.

Segurança concedida, para anular o acórdão atacado e para que o CNJ possa “notificar os impetrantes acerca da existência do PCA e de seu direito de serem ouvidos.” (DJe 08.02.2011).

Ressalte-se que o próprio art. 214 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), utilizado como razão de decidir pelo então Corregedor Nacional de Justiça, Ministro Gilson Dipp, explicita, em seu parágrafo primeiro, que “a nulidade será decretada depois de ouvidos os atingidos”. [...] (BRASIL, op.cit., p. 16).

Como se observa do caso exposto, existe uma forte resistência da jurisprudência ao uso do cancelamento administrativo, sob o argumento de que a medida implica em violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório. Parcela relevante da mais qualificada doutrina também compartilha desse entendimento.

Walter Ceneviva⁷⁵, por exemplo, considera que o art. 1º da Lei n. 6.739/79, ao prever a notificação pessoal do atingido depois do cancelamento, foi implicitamente revogado pelo § 1º do art. 214 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), acrescido pela Lei n. 10.931 de 2 de agosto de 2004, já que este último prescreve que a nulidade somente será decretada depois de ouvidos os atingidos.

O § 1º do art. 214 permite o decreto de nulidade do registro, depois de ouvidos os atingidos, preservando o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório. Embora sem referência expressa à Lei n. 6.739/79, entende-se que esta, ao referir notificação pessoal do atingido depois do cancelamento, foi revogada nessa parte. O cancelamento

⁷⁵ CENEVIVA, op. cit., p. 558.

a requerimento de pessoa jurídica de direito público continua a ser admitido, com a ressalva da notificação prévia [...] .

No mesmo sentido entende Hely Lopes de Mirelles⁷⁶, registrando que a disposição que permite o cancelamento “ [...] nos afigura inconstitucional, por autorizar o cancelamento do registro sem o devido processo legal ”.

Observe-se que, embora autônomos, os fundamentos da reserva da jurisdição (§ 2º do Artigo 1.245 do Código Civil) e da violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, inciso LV, da CF/88) estão intimamente ligados entre si. Partindo-se da premissa de que o cancelamento na via administrativa não respeita as garantias do devido processo legal e do contraditório, somente através da jurisdição o cancelamento do registro imobiliário vinculado a título nulo de pleno direito poderá ser realizado.

4 O CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO ADEQUADO AO COMBATE DA GRILAGEM DE TERRAS PÚBLICAS

Pelo exposto, é possível chegar-se à conclusão de que, além da expressa previsão legal (Lei n. 6.739/79), o cancelamento administrativo do registro imobiliário vinculado a título nulo de pleno direito possui fundamentos jurídicos e sociais, constituindo-se, portanto, num instrumento adequado ao combate da grilagem de terras públicas.

Apesar disso, o seu uso vem sendo resistido por parcela autorizada da doutrina e da jurisprudência, cujos argumentos contrários foram devidamente abordados no capítulo precedente.

Portanto, cumpre agora apresentar os contra-argumentos favoráveis ao uso dessa ferramenta, de modo a exaurir a temática em questão.

4.1 Especialidade da lei que regulamenta a matéria

A tese da reserva da jurisdição constitui-se um dos principais argumentos contrários ao uso do cancelamento administrativo e tem fundamento no § 2º do artigo 1.245 do Código Civil, segundo o qual somente por ação judicial será desconstituído o registro.

O artigo 1º da Lei n. 6.739/79, por sua vez, estabelece regra contrária, ao admitir o cancelamento do registro em processo de natureza meramente administrativa, ou seja, independentemente de ação judicial.

À primeira vista, é possível cogitar da existência de antinomia das citadas normas, cuja conceituação é trazida com perfeição por Maria Helena Diniz⁷⁷:

⁷⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 580.

⁷⁷ DINIZ, op. cit., p. 484.

Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular. A antinomia pode dar origem, no entender de Ulrich Klug, à lacuna de conflito ou de colisão, porque, em sendo conflitantes, as normas se excluem reciprocamente, por ser impossível deslocar uma como a mais forte ou decisiva, por não haver uma regra que permita decidir entre elas, obrigando o magistrado a solucionar o caso *sub judice*, segundo os critérios de preenchimento de lacunas. Assim para que se tenha presente uma real antinomia, são imprescindíveis três elementos: incompatibilidade, indecidibilidade e necessidade de decisão. Só haverá antinomia real se, após a interpretação adequada das duas normas, a incompatibilidade entre elas perdurar. Para que haja antinomia será mister a existência de duas ou mais normas relativas ao mesmo caso, imputando-lhe soluções logicamente incompatíveis.

Como, então, resolver esse conflito - antinomia - das normas (art. 1.245, § 2º, do Código Civil x art. 1º da Lei n. 6.739/79)?

A ciência jurídica nos apresenta os seguintes critérios para solução de antinomias, quais sejam:

- 1) Hierárquico, segundo o qual a norma hierarquicamente superior derroga a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*);
- 2) Cronológico, pelo qual a norma posterior prevalece sobre a anterior (*lex posterior derogat legi priori*), quando o conflito envolve normas do mesmo escalão hierárquico; e
- 3) Especialidade, segundo o qual a norma especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat legi generali*).

Sobre o critério da especialidade, é relevante a lição trazida por Maria Helena Diniz⁷⁸:

Para Bobbio, a superioridade da norma especial sobre a geral constitui expressão da exigência de um caminho da justiça, da legalidade à igualdade, por refletir, de modo claro, a regra da justiça *suum cuique tribuere*. Ter-se-á, então, de considerar a passagem da lei geral à especial, isto porque as pessoas pertencentes à mesma categoria deverão ser tratadas de igual forma e as de outra, de modo diverso. Há, portanto, uma diversificação do desigual. Esse critério serviria, numa certa medida, para

⁷⁸ DINIZ, op. cit., p. 484.

solucionar antinomia, tratando desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e axiologicamente, apelando para isso à *ratio legis*. Realmente, se, em certas circunstâncias, uma norma ordena ou permite determinado comportamento somente a algumas pessoas, as demais, em idênticas situações, não são alcançados por ela, por se tratar de disposição excepcional, que só vale para as situações normadas.

Portanto, à luz da lição doutrinária transcrita acima, o critério da especialidade para dirimir antinomia das normas, muito se aproxima com os valores de justiça e igualdade, pois visa, em última análise, conferir um mesmo tratamento normativo para os que estão em situação jurídica semelhante, assim como tratar desigualmente àqueles que estão em posição jurídica diferenciada.

Dessa maneira, voltando à temática em estudo, à luz do critério da especialidade, corolário do princípio da igualdade, a norma prevista no artigo 1º da Lei n. 6.739/79, por ser mais especial e ter como *mens legis* sanar situações de manifesta ilegalidade, há que prevalecer sobre o artigo 1.245, § 2º, do Código Civil, tido como norma geral.

Mas o problema não se resolve tão simplesmente assim. Isso porque, conforme visto no capítulo precedente, os que defendem a prevalência do Código Civil de 2002 sobre a Lei n. 6.739/79 também se utilizam de outro critério para solução de antinomias, qual seja, o cronológico, sustentando-se que o primeiro deve prevalecer sobre o segundo, já que se trata de norma posterior.

Esse fenômeno é conhecido como antinomia de segundo grau, que ocorre quando:

[...] surgem antinomias entre os próprios critérios, quando a um conflito de normas seriam aplicáveis dois critérios, que, contudo, não poderiam ser ao mesmo tempo utilizados na solução da antinomia, pois a aplicação de um levaria à preferência de uma das normas, e a de outro resultaria na escolha de outra norma⁷⁹.

Assim, como os critérios de solução de conflitos não são suficientes, a doutrina apresenta os chamados metacritérios para resolver antinomias de segundo grau.

Especificamente para o conflito entre os critérios da especialidade e o cronológico, a doutrina apresenta como metacritério o da *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra da especialidade prevaleceria sobre a cronológica⁸⁰. Esse entendimento está de certa forma positivado no artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução às

⁷⁹ DINIZ, op. cit., p. 484.

⁸⁰ DINIZ, op. cit., p. 490.

Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), que prescreve que a alteração de uma norma genérica não enseja a revogação ou a modificação de regras especiais preexistentes relativas ao mesmo instituto.

Assim também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, consoante se observa da ementa do seguinte precedente da Corte Especial do referido Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. ART. 475, II, § 2º, DO CPC. LEI Nº 10.352/01. ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 1.533/51. ANTINOMIA DE SEGUNDO GRAU. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.

1. Nos termos do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, a sentença concessiva de mandado de segurança fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, não se aplicando o art. 475 do CPC.
2. A despeito das alterações introduzidas pela Lei nº 10.352/01, que modificou o art. 475 do CPC, dando nova disciplina ao reexame necessário, há de ser aplicada a norma especial prevista no art. 12 da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 1.533/51).
3. A alteração da norma genérica não enseja a revogação ou a modificação de regras especiais preexistentes relativas ao mesmo instituto (art. 2º, § 2º, da LICC). Havendo conflito entre normas jurídicas de mesma hierarquia e ocorrendo a antinomia de segundo grau, ou seja, a discrepância entre as soluções preconizadas pelos critérios cronológicos e da especialidade, deve prevalecer, em regra, a resposta que resultar da aplicação deste último.
4. Não se aplica ao mandado de segurança o § 2º do art. 475 do CPC, inserido pela Lei nº 10.352/01, pois a regra especial, contida no art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, prevalece sobre a disciplina genérica do Código de Processo Civil.
5. Embargos de divergência providos.

(EREsp n. 687.216/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2008, DJe 04/08/2008).

Desse modo, mesmo que se considere o conflito entre os critérios da especialidade e o cronológico, o primeiro há que prevalecer sobre o segundo, tendo em vista as circunstâncias peculiares da situação jurídica, regulada, por essa razão, de forma especial pela norma.

Este, aliás, foi o entendimento do CNJ no já tão comentado precedente do Pedido de Providências (PP) n. 0001943-67.2009.2.0.0000, entendendo o Ministro Relator que o cancelamento administrativo de registro imobiliário tem cabimento no ordenamento jurídico brasileiro,

por estar previsto em norma especial que trata dos registros públicos, que não foi derogada pelo Código Civil (BRASIL, 2010, p. 13/14):

A lei de registros públicos, por sua vez, em disciplina específica no art. 214, de acordo com o qual “as nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta”, admite francamente o cancelamento administrativo nesses casos e ainda estabelece, no art. 216, seja a retificação seja a anulação do registro por sentença em processo contencioso, ou por “efeito do julgado em ação de anulação ou de declaração de nulidade de ato jurídico, ou de julgado sobre fraude à execução”.

Cuida-se aí de disciplina que contempla tanto as medidas administrativas quanto as judiciais para o cancelamento de registros, de modo a abrir-se espaço para a cogitação lógica de divisão de competências, e, então, não necessariamente sempre obedientes à lógica ou regra do Código Civil, a despeito deste (pelo menos na versão de 2002) ser posterior àquela lei registral. É que, para esse efeito, a lei de registros é lei especial (art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Por outro lado, há quem defenda, ainda, que a antinomia das normas em questão é apenas aparente, podendo o conflito ser dirimido apenas com uma interpretação teleológica da norma, segundo a qual se “*procura o fim, a ratio do preceito normativo, para a partir dele determinar o seu sentido*”.

O sentido normativo requer a captação dos fins para os quais se elaborou a norma, exigindo, para tanto, a concepção do direito como um sistema, o apelo às regras da técnica lógica válidas para séries definidas de casos, e a presença de certos princípios que se aplicam para séries indefinidas de casos, como o da boa-fé, o da exigência de justiça, o do respeito aos direitos da personalidade, o da igualdade perante a lei etc. Isto é assim porque se coordenam todas as técnicas interpretativas em função da teleologia que controla o sistema jurídico, visto que a percepção dos fins exige não o estudo de cada norma isoladamente, mas sua análise no ordenamento jurídico como um todo⁸¹.

É o caso, por exemplo, de Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves⁸², que distinguem as hipóteses de nulidade e de mera anulabilidade para fins de incidência de uma ou outra norma:

A interpretação literal do § 2º do art. 1.245 faria com que o dispositivo entrasse em choque com o art. 214 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), segundo o qual as nulidades do registro podem ser conhecidas de ofício pelo Juiz Corregedor do Cartório, independentemente da propositura de ação própria. Pela Lei de Registros Públicos, nessas hipóteses, o Juiz deve determinar o cancelamento do registro, mesmo sem ter havido provocação da

⁸¹ DINIZ, op. cit., p. 442.

⁸² DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 621.

parte interessada. E realmente não se poderia admitir que, havendo nulidade absoluta do ato de registro, decorrente de fraude evidente e manifesta, ou no caso de alienação *a non domino*, estivesse o Juiz Corregedor, para mandar cancelar o ato, sempre a depender da provocação da parte interessada. Esta só deve ser exigida nos casos de anulabilidade, ou seja, quando o ato de registro for apenas anulável por qualquer defeito formal ou ainda nas hipóteses do art. 1.247 deste Código, jamais nas hipóteses de nulidade. Este é o sentido que deve ser dado ao termo ‘invalidade’ constante do § 2º.

Mais consistente, contudo, parece ser a interpretação feita por Ibraim Rocha et. al.⁸³, para quem o § 2º do artigo 1.245 do Código Civil só tem aplicação quando o registro for oriundo de documento idôneo para operar a configuração do domínio e a sua presunção legal, o que a toda evidência não ocorre nas hipóteses em que a sua origem decorre de título nulo de pleno direito. Nas palavras do autor,

Não se pode negar que o art. 1.245, caput, do Código Civil atual realça a importância do Registro de Imóveis, ao determinar que, transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Entretanto, por evidente, esse ato diz respeito ao registro de título idôneo, admitido pelo Código Civil e pelo art. 221 da Lei nº 6.015/73, e é óbvio que se trata de procedimento legal gerando normalmente os direitos de propriedade sobre o respectivo imóvel.

Quando, porém, esse registro envolve documento inidôneo para operar a configuração do domínio e a presunção resultante, resta este registro inteiramente contrário às exigências do Código Civil e às do art. 221 da Lei nº 6.015/73, e, portanto, sendo comprovadamente não registrável é claro que se trata de ato ilícito, criminoso, que deve ser declarado inexistente, e que deve ser cancelado, para que não siga produzindo efeitos danosos contra a coletividade.

Portanto, é neste contexto que deve se interpretar o § 2º do mesmo artigo 1.245 do CC, de que enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel, neste caso, coerente com o sistema de estrita legalidade, somente pode tratar a lei, de título válido e não de nulidade do título, portanto, exige a via judicial, somente quando se trata de alguma mácula de pequena monta no registro, daí falar a lei inclusive em invalidade, e, portanto, não remonta a uma nulidade do título registrado, que vicia de forma inarredável o registro. Como, aliás, já destacou a Suprema Corte nos julgados citados mais ao norte, e é efetivamente o caso aqui tratado.

⁸³ ROCHA et. al., op. cit., p. 389.

Observe-se que a interpretação do autor acima citado se aproxima muito com a conferida pelo STF no mencionado precedente da Representação de Inconstitucionalidade n. 1070-8-DF, já examinado no capítulo terceiro, quando se registrou na decisão que a presunção *juris tantum* de propriedade só existe se for válido o título levado a registro. Não o sendo, isto é, sendo nulo de pleno direito, não há que se falar sequer em direito de propriedade, já que ele não chegou a surgir (BRASIL, 1983). Desnecessário, nessa hipótese, o ajuizamento da ação para desconstituir algo que sequer chegou a existir.

Esta, sem dúvida, nos parece ser a interpretação mais consentânea com o espírito da lei, como já declarado pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo propriamente conflito de normas que impeça a utilização do cancelamento administrativo para extirpar do sistema o registro com vício de nulidade absoluta.

De toda maneira, seja por meio das regras de hermenêuticas que induzem pela aplicação da legislação especial, seja por meio de uma interpretação que prestigia o sentido teleológico da lei, o cancelamento administrativo previsto no artigo 1º da Lei n. 6.739/79 tem pleno cabimento no ordenamento jurídico, não constituindo a regra do § 2º do art. 1.245 do Código Civil óbice à sua aplicação.

4.2 Garantia do Devido Processo Legal e Contraditório no processo administrativo

A despeito dos fortes argumentos, a tese de que o cancelamento administrativo viola o contraditório e ampla defesa, assegurados pela Carta Magna (art. 5º, LV, da CF/88) não se sustenta frente a outros fundamentos.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho⁸⁴, existem várias classificações dos processos administrativos, tendo em vista a diversidade de pontos de vista dos autores e também a variedade de procedimentos existentes no ordenamento jurídico.

A classificação que leva em conta o critério da natureza do processo administrativo é de suma importância para o estudo desse capítulo. Sob esse aspecto, o processo administrativo pode ser: i) litigioso; ii) não litigioso:⁸⁵

PROCESSO LITIGIOSO – Essa categoria de processos se caracteriza pelo fato de ter, como objeto principal dos instrumentos, a solução de determinado conflito de interesses. A própria delimitação do processo consiste na situação jurídica conflituosa, situação essa que

⁸⁴ CARVALHO FILHO, op. cit. p. 24.

⁸⁵ Hely Lopes Meirelles adotou o critério da controvérsia para distinguir processo de procedimento, entendendo que só existe processo quando há litígio. Portanto, para o referido autor, há que se fazer distinção entre *processo administrativo propriamente dito* (aquele que encerra um litígio entre a Administração e o administrado ou o servidor), e *processo administrativo impropriamente dito* (aquele em que não existe qualquer controvérsia entre os interessados). op.cit., p. 685.

se consubstancia pela pretensão que alguém deseja ver satisfeita e pela oposição daquele que não pretende atendê-la.

PROCESSO NÃO LITIGIOSO – Essa categoria encerra os processos que tramitam em maior quantidade nas diversas vias administrativas. São caracterizados pela circunstância de que não contêm qualquer tipo de litígio; neles não se configura o antagonismo formal que decorre do típico conflito de interesses opostos. [...]⁸⁶.

Essa classificação é muito útil para o propósito deste estudo, uma vez que é no processo litigioso que se exige a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da CF/88, expresso ao dispor que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (grifos do autor)⁸⁷.

Portanto, um processo pode iniciar-se não litigioso e posteriormente converter-se em litigioso. Em geral, o processo administrativo litigioso surge com a impugnação do administrado contra uma decisão que lhe é desfavorável.

Esse é o primeiro argumento para não se deixar de aplicar o cancelamento administrativo previsto na Lei n. 6.739/79. A violação ao contraditório e a ampla defesa não ocorre abstratamente, mas sim, em cada caso concreto, especificamente quando inaugurada a fase litigiosa do processo com a impugnação do interessado.

Conforme apurado no citado precedente do CNJ, existem situações em que o registro imobiliário é inequivocamente fruto de fraude, como nos casos em que a área do imóvel registrada supera a própria superfície do Estado em que ele está supostamente situado.

Assim, caso um registro fraudulento como este venha a ser cancelado e notificado o suposto proprietário, este se mantém inerte, se resignando com a decisão administrativa, não estará instaurada a fase litigiosa do processo administrativo, não havendo que se falar, portanto, em violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Ademais, existem situações em que o contraditório é postergado para um momento posterior, quando o órgão responsável pela condução do processo administrativo primeiro emite um juízo de valor, mediante a edição de um ato administrativo, e somente depois disso notifica o administrado para tomar ciência da decisão e exercer seu direito de defesa.

⁸⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 25/26.

⁸⁷ No mesmo sentido entende José dos Santos Carvalho Filho: “A categoria dos processos administrativos não litigiosos é atualmente de importância fundamental. A vigente Constituição, referindo-se no art. 5º, LV, ao princípio da ampla defesa e contraditório, determinou sua incidência apenas sobre os processos administrativos e judiciais em que estejam envolvidas pessoas *litigantes*, o que, em outras palavras, indica que o postulado só tem aplicabilidade se houver conflito de interesses a ser dirimido pelos aludidos processos.” (op. cit., p. 26).

Segundo Célio Rodrigues da Cruz⁸⁸, existem decisões administrativas que são proferidas após o contraditório, mas existem outras que ocorrem sem prévio contraditório, quando “[...] *primeiramente a Administração emite um juízo de valor e pratica o ato administrativo, sem ouvir o administrado. Somente após a decisão é que o administrado é notificado para tomar ciência do ato e defender-se*”. Ainda segundo o citado autor, embora seja exceção, é possível existir a decisão administrativa sem prévio contraditório na seguinte situação:

Muitas vezes a Administração já dispõe de todos os elementos probatórios para a aplicação da medida, ou a investigação do fato ou apuração da infração pode ser feita sem a necessidade de participação do administrado, pelo menos nesse primeiro momento, o que justificaria a dispensa de um contraditório prévio⁸⁹.

Compartilhando do mesmo entendimento, Odete Medauar⁹⁰ traz os seguintes exemplos de decisão administrativa sem prévio contraditório:

Quanto às multas de trânsito, é evidente a inviabilidade de se assegurar defesa prévia - a solução advém mediante a atribuição de prazo adequado para que se possa recorrer da multa e para que o órgão possa decidir antes do vencimento. Nesta linha se apresenta a Súmula 312 do STJ: “No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração”.

Em casos excepcionais, envolvendo risco de vida e segurança da população, pode-se admitir defesa posterior, como nos casos de embargo de obra com risco de desabamento e a interdição de atividades perigosas.

Isso é exatamente o que ocorre no rito do cancelamento administrativo previsto na Lei n. 6.739/79, consoante se observa dos seus dispositivos:

Art. 1º - A requerimento de pessoa jurídica de direito público ao Corregedor-Geral da Justiça, são declarados inexistentes e cancelados a matrícula e o registro de imóvel rural vinculado a título nulo de pleno direito, ou feitos em desacordo com os artigos 221 e segs. da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, alterada pela Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975.

§ 1º - Editado e cumprido o ato, que deve ser fundamentado em provas irrefutáveis, proceder-se-á, no quinquídio subsequente, à notificação pessoal:

a) da pessoa cujo nome constava na matrícula ou no registro cancelado;

88 CRUZ, op. cit., p. 18.

89 Ibid., p. 21.

90 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 173-174.

b) do titular do direito real, inscrito ou registrado, do imóvel vinculado ao registro cancelado.

§ 2º - Havendo outros registros, em cadeia com o registro cancelado, os titulares de domínio do imóvel e quem tenham sobre o bem, direitos reais inscritos ou registrados serão também notificados, na forma prevista neste artigo.

§ 3º - Inviável a notificação prevista neste artigo ou porque o destinatário não tenha sido encontrado, far-se-á por edital:

- a) afixado na sede da comarca ou do Tribunal de Justiça respectivos; e
- b) publicado uma vez na imprensa oficial e três vezes, e com destaque, em jornal de grande circulação da sede da comarca, ou, se não houver, da capital do Estado ou do Território.

§ 4º - O edital será afixado e publicado no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for cumprido o ato do corregedor-geral.

Art. 2º - A retificação de registro sempre será feita por serventuário competente, mediante despacho judicial, como dispõe o art. 213 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, alterada pela Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975, e, quando feito em livro imóvel, será procedida por determinação do corregedor-geral, na forma do art. 1º.

Art. 3º - A parte interessada, se inconformada com o provimento, poderá ingressar com ação anulatória, perante o juiz competente, contra a pessoa jurídica de direito público que requereu o cancelamento, ação que não sustará os efeitos deste, admitido o registro da citação, nos termos do art. 167, I, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, alterada pela Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975.

Parágrafo único. Da decisão proferida, caberá apelação e, quando contrária ao requerente do cancelamento, ficará sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Da leitura da legislação supracitada, verifica-se que existe um procedimento administrativo próprio para anulação do registro de imóvel rural vinculado a título nulo de pleno direito. Em primeiro lugar, o cancelamento só ocorrerá se o requerimento estiver “*fundamentado em provas irrefutáveis*”. Nesse sentido, é necessário que haja prova inequívoca, o que de certo modo justifica a dispensa do contraditório prévio.

Depois disso, é assegurada a ampla defesa e contraditório da pessoa cujo nome constava na matrícula ou no registro cancelado (art. 1º, § 1º, “a” da Lei n. 6.739/79), prevendo até mesmo a participação do titular do direito real, inscrito ou registrado, do imóvel vinculado ao registro cancelado (art. 1º, § 1º, “b”).

Ainda, prevê a citada Lei n. 6.739/79 que, havendo outros registros, em cadeia com o registro cancelado, os titulares de domínio do imóvel

e que tenham sobre o bem, direitos reais inscritos ou registrados, serão também notificados (art. 1º, § 2º), existindo ainda a previsão de intimação por edital quando for inviável a notificação pessoal (art. 1º, § 3º e 4º).

Além da oportunidade do contraditório aos titulares do domínio do imóvel e terceiros interessados, observa-se ainda, que a Lei de Registros Públicos assegura aos prejudicados o direito de interpor recurso (agravo ou apelação) contra a decisão que determina o cancelamento da matrícula ou registro irregular (art. 214, § 2º).

Se isso não fosse o bastante para se assegurar o direito à ampla defesa e contraditório na forma prevista pelo art. 5º, LV, da CF/88, veja que a própria Lei n. 6.739/79 prevê a possibilidade do ajuizamento de ação anulatória para desconstituir o ato administrativo de cancelamento do registro (art. 3º da Lei n. 6.739/79), resguardando, portanto, o reexame da matéria pelo Poder Judiciário.

Em suma, o sistema normativo da Lei faz uma escolha daquele que deverá provocar o Judiciário, que será o suposto prejudicado com o ato administrativo de cancelamento do registro, em razão da primazia que se confere ao interesse público, conforme registra João Daniel Macedo Sá⁹¹:

A partir do posicionamento firmado pelo CNJ, tratando-se de imóvel rural, será possível o cancelamento administrativo quando a nulidade do registro decorrer de vício na origem impeditivo da aquisição regular do domínio, em privilégio ao princípio da supremacia do interesse público. Entendemos que o posicionamento firmado pelo CNJ está correto. O cancelamento administrativo pela via administrativa é medida que não diminui a proteção constitucional conferida ao direito de propriedade quando o título aquisitivo levado a registro for inválido ou contiver vício que impeça o seu registro.

O entendimento ora exposto neste capítulo é compartilhado integralmente por Ibraim Rocha et. al.⁹², consoante se observa do seguinte excerto de sua obra:

E nem se diga, que tal procedimento viola o contraditório, pois na verdade como já decidido pelo Supremo apenas se defere ao particular outro momento de impugnar ato da corregedoria.

E, por evidente, também não se diga que tal procedimento de declaração administrativa da nulidade não seria possível tendo em vista a regra do § 1º do artigo 214 da Lei nº 6.015/73, incluído pela Lei nº 10.931/2004, que determina que a nulidade será decretada depois de ouvidos os atingidos, pois na verdade, esta regra apenas cria uma regra de oitiva administrativa sem que se exclua a possibilidade de decretação de nulidade, mas, por outro

91 SÁ, op. cit. p. 400-401.

92 ROCHA et. al., op. cit., p. 390.

lado, em situações graves nas quais atingido o interesse público, pode ser deferida de tutela antecipada no procedimento administrativo, aplicando-se por analogia as regras do art. 273 do CPC, até mesmo porque, feito dentro do regime específico da Lei nº 6.739/79, perfeitamente constitucional, como declarado pela Suprema Corte, e que tem procedimento próprio.

Também entendendo que o cancelamento administrativo não implica em ofensa aos postulados do contraditório e da ampla defesa, Afonso Francisco Caramuru⁹³ defende o seguinte:

A expressão “independentemente de ação direta” é a própria admissão do cancelamento administrativo ou correicional, na medida em que prescinde a existência de uma demanda deduzida em juízo a ser conhecida pelo órgão jurisdicional para que se tenha o cancelamento.

O juízo a quem se atribui o controle da legalidade dos atos de registro, atribuição que, hodiernamente, decorre de mandamento constitucional, pode e deve, diante do conhecimento de nulidade do ato de registro, promover-lhe o cancelamento, ex officio ou mediante prévia oitiva do oficial de registro e do órgão do Ministério Público, em procedimento administrativo, sem que, para tanto, tenha de se instaurar um processo jurisdicional.

Em virtude disto, não há que se falar, nessa hipótese, em prévia audiência dos participantes do título causal ou de eventuais interessados em virtude deste título causal, por quanto não se tem, em tais casos, senão análise do próprio ato do registro, no qual os participantes do título causal não fizeram parte, nem podem fazê-lo.

Eis o motivo pelo qual se tem sistematicamente afastado a alegação de que a não intervenção das partes no título causal em tais procedimentos administrativos viola o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Logo, sustentar que o cancelamento administrativo do registro irregular implica em violação ao contraditório e ampla defesa é o mesmo que afirmar que em processo administrativo tais garantias não são respeitadas, o que, a toda evidência, não procede. Se isso realmente acontecesse, teria que se admitir a existência de uma garantia constitucional destituída de eficácia, o que vai de encontro a toda uma teoria de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, em especial ao princípio da máxima efetividade, pelo qual, à norma constitucional, especialmente a que define direitos e garantias fundamentais, deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.⁹⁴

93 CARAMURU, op. cit., p. 235-236.

94 Em sentido semelhante, ROBERT ALEXY (2002, p. 86) sustenta um “argumento de otimização” para significar que os direitos fundamentais, em razão do seu caráter princípialógico, devem ser realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Nas palavras do autor, “*los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado*”

Em suma, não há que se falar em violação ao contraditório, primeiro, porque este é garantido no procedimento administrativo, em respeito à garantia constitucional (art. 5º, inciso LV, da CF/88); segundo, porque em razão do interesse público envolvido, o legislador optou por deferir esse direito ao particular em momento posterior, no bojo do próprio procedimento administrativo ou através de ação própria para desconstituir o ato da Corregedoria, o que não tem nada de inconstitucional, conforme já decidido pelo Supremo.

4.3 O enfoque publicista da matéria atinente ao cancelamento dos registros públicos. Tutela dos bens públicos e interesse público no combate à grilagem das terras públicas

A matéria concernente ao cancelamento administrativo do registro imobiliário não pode ser examinada sob o ângulo exclusivo da propriedade privada, nem mesmo do ramo civilista. Ao revés, o seu conteúdo transcende o Direito Civil para realçar o caráter publicista da matéria, considerando, sobretudo, o interesse público que lhe é subjacente.

Não se trata, aqui, de incursionar na velha e desgastada discussão sobre constitucionalização do Direito Civil.⁹⁵ Trata-se, em verdade, de se reconhecer o viés fortemente publicista da matéria, enfrentando-a a luz dos princípios e fundamentos próprios do Direito Público. E há inúmeras razões para se chegar a essa conclusão, muitas delas já abordadas neste trabalho e aprofundadas a seguir.

4.3.1 O caráter público em razão da atividade do registro

O primeiro ponto que se destaca é o viés público da atividade inerente ao registro de imóveis. Conforme foi exposto neste trabalho, embora se trate de atividade exercida em caráter privado, ela é realizada sob delegação e fiscalização do Poder Público, nos termos do artigo 236, § 1º, da Constituição Federal.

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

⁹⁵ O sincretismo metodológico proposto entre o Direito Privado e o Direito Público, tão em voga atualmente, é criticado com bastante pertinência por Otávio Luiz Rodrigues Junior (2011, p. 64), para quem: "O Direito Privado têm sua História, sua metodologia, seus princípios e suas funções no que se poderia chamar de 'divisão do trabalho' entre as diversas províncias jurídicas. Não é adequado fazer o transplante desses elementos do Direito Público para o Direito Privado. O estatuto epistemológico do Direito Privado não se coaduna com essa transposição, porque desnecessária e imprópria. Na raiz de todos os problemas acima descritos, está essa distorção, que, a cada dia, com o silêncio de muitos civilistas, faz com que o Direito Privado assuma culpas históricas que não lhe pertencem e adote métodos e princípios que não se coadunam com seus fins".

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

Por essa razão, a atividade de registro público pode ser identificada como serviço público, atribuído pelo Estado a particular, por meio de concurso público, tal como registra Walter Ceneviva⁹⁶:

A atividade registraria, embora exercida em caráter privado, tem características típicas de serviço público. As serventias mencionadas no art. 1º são confiadas à responsabilidade de delegados, aos quais o Estado incumbe, para alcançar um ou alguns dos efeitos enunciados de receber, conferir e transpor para seus registros declarações e negócios jurídicos dos interessados, para dá-los ao conhecimento de todos os terceiros, tirante poucas exceções expressamente ressalvadas.

O Supremo Tribunal Federal também já reconheceu, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o regime jurídico público dos serviços notariais e de registro, consoante se observa da ementa do seguinte precedente:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTOS N. 747/2000 E 750/2001, DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE REORGANIZARAM OS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO, MEDIANTE ACUMULAÇÃO, DESACUMULAÇÃO, EXTINÇÃO E CRIAÇÃO DE UNIDADES.

1. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO.

I – Trata-se de atividades jurídicas que são próprias do Estado, porém exercidas por particulares mediante delegação. Exercidas ou traspassadas, mas não por conduto da concessão ou da permissão, normadas pelo caput do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos.

II – A delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais.

III – A sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público.

IV – Para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, e não

⁹⁶ CENEVIVA, op. cit., p. 57.

por adjudicação em processo licitatório, regrado, este, pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público.

V – Cuida-se ainda de atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações inter-partes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extra-forenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito.

VI – Enfim, as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos estes a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal.

2. CRIAÇÃO E EXTINÇÃO DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS.

As serventias extrajudiciais se compõem de um feixe de competências públicas, embora exercidas em regime de delegação a pessoa privada. Competências que fazem de tais serventias uma instância de formalização de atos de criação, preservação, modificação, transformação e extinção de direitos e obrigações. Se esse feixe de competências públicas investe as serventias extrajudiciais em parcela do poder estatal idônea à colocação de terceiros numa condição de servil acatamento, a modificação dessas competências estatais (criação, extinção, acumulação e desacumulação de unidades) somente é de ser realizada por meio de lei em sentido formal, segundo a regra de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Precedentes.

3. PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO. NORMAS “AINDA CONSTITUCIONAIS”.

Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de medida liminar há mais de dez anos e que, nesse período, mais de setecentas pessoas foram aprovadas em concurso público e receberam, de boa-fé, as delegações do serviço extrajudicial, a desconstituição dos efeitos concretos emanados dos Provimentos n. 747/2000 e 750/2001 causaria desmesurados prejuízos ao interesse social. Adoção da tese da norma jurídica “ainda constitucional”. Preservação: a) da validade dos atos notariais praticados no Estado de São Paulo, à luz dos provimentos impugnados; b) das outorgas regularmente concedidas a delegatários concursados (eventuais vícios na investidura do delegatário, máxime a

ausência de aprovação em concurso público, não se encontram a salvo de posterior declaração de nulidade); c) do curso normal do processo seletivo para o recrutamento de novos delegatários.

4. Ação direta julgada improcedente. (ADI 2415, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 08-02-2012 PUBLIC 09-02-2012)

Também foi demonstrado que o registro público constitui-se ato administrativo autônomo e distinto do título que lhe deu causa. O registro imobiliário insere-se num sistema cuja publicidade é marca característica, envolvendo, com isso, terceiros interessados em realizar negócios jurídicos e circular riqueza, sendo o registro público, assim, fundamental para segurança jurídica dessas transações.

Mesmo entre autores civilistas se reconhece a função social do registro público, realçando-se, com isso, o caráter público dessa atividade. Sílvio de Salvo Venosa⁹⁷, por exemplo, considera que o sistema de registros públicos é de segurança nacional, já que diz respeito à estrutura da propriedade e do Estado:

A matéria dos registros públicos é verdadeira especialização dentro do ramo do Direito Civil, cujo aprofundamento maior foge ao âmbito de nosso estudo. Digamos, no entanto, a propósito, como acenamos acima, que a realidade em nosso país nas últimas décadas, o descontrole monetário e a diminuição do poder aquisitivo da população têm alijado grande massa de titulares de imóveis, mormente urbanos, do registro imobiliário. O proprietário imobiliário não é necessariamente abastado, como pressupõe o projecto Código Civil. O registro público, sob a forma de delegação a mãos privadas, mercê do desmedido protecionismo corporativo, mantinha até pouco tempo índole do regime cartorial da época colonial. Cumpria ao legislador corrigir a distorção, e nesse sentido a Constituição de 1988 deu grande passo ao exigir concursos públicos para as respectivas delegações. Ao Estado democrático cumpre fomentar a iniciativa privada. O sistema de registros públicos, porém, como tantos outros serviços essenciais, todo ele e não apenas o imobiliário, é de segurança nacional, pois diz respeito à própria estrutura da propriedade e do Estado. Não podia manter a mesma estrutura do passado tão antigo. O Estado brasileiro perdeu-se ao absorver atividades essencialmente da iniciativa privada e da livre concorrência e paradoxalmente manteve o registro público, de certa forma, fora de seu controle, sendo que muitos Estados não realizam concursos públicos para as delegações, contra o ditame constitucional. É crescente o número de contratos e promessas de compra e venda não registrados. Transfere-se sucessivamente a posse. Sem o registro, persiste periclitante estado de fato, que pode ser questionado a qualquer momento e, como tal, torna-se motivo de instabilidade social. Por

⁹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 170-171.

essa razão, avulta de importância na jurisprudência a crescente proteção à posse justa e a possibilidade de registros de compromissos de compra e venda que paulatinamente o legislador vem admitindo, com respaldo no trabalho consciente da nova geração de registradores de alto nível profissional em nosso País, não mais ligados às mazelas do nepotismo do passado.

Em sentido semelhante, confira-se o seguinte excerto da obra de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁹⁸:

O fenômeno da repersonalização do direito civil, instrumentalizando as situações patrimoniais à satisfação dos objetivos existenciais da Constituição da República - sobremaneira da erradicação da miséria e construção de uma sociedade justa e solidária - não provocou o esvaziamento do registro imobiliário, como alguns poderiam acreditar. Pelo contrário, a publicidade registral é um dos instrumentos mais eficazes de consecução de segurança jurídica e confiança em um direito de propriedade que, simultaneamente, atenda às expectativas do proprietário quanto à apropriação e conservação de bens, deferindo ainda ampla proteção à comunidade de não proprietários.

O registro imobiliário é o guardião jurídico da propriedade privada e, por consequência, das liberdades civis, desenvolvendo uma atividade instrumental direcionada ao respaldo do princípio da segurança jurídica. Afinal, apenas um direito de propriedade bem definido e seguro é capaz de atrair recursos e gerar bem-estar social. Quando mais eficiente o sistema registral, mais ampla se faz a circulação de riquezas e crescimento econômico do Estado.

E o não uso ou irregularidade do sistema registral é nefasto e produz consequências extremamente negativas, como também registra os citados autores⁹⁹:

Infelizmente, milhões de pessoas vivem à margem do sistema de registro imobiliário. Suas titularidades são frágeis, informais e incapazes de propiciar bem-estar individual e social, eis que inúteis para fins de concessão de crédito. Essa multidão de marginalizados detentores de "coisas" é tolhida de financiamentos a juros baixos em face da impossibilidade de seus bens que instrumentalizam o mínimo existencial. A propriedade "podre" importa capital "mortal" e não conversível em dinheiro. Esta é a realidade que grassa em todo território nacional. A função social do registro imobiliário coincide com a democratização de riquezas. A via da institucionalização de uma sociedade de proprietários é um dos caminhos mais nobres de tutela à dignidade da pessoa humana, afinal, o indivíduo será edificado em sua autonomia como cidadão e não como vassalo do Estado assistencialista. Neste momento, a propriedade exercerá sua função social.

98 FARIAS; ROSENVALD., op. cit., p. 251.

99 Ibid., p. 253

Em suma, o registro imobiliário não é de interesse apenas do seu titular, mas da sociedade como um todo, cuja regularidade do sistema, portanto, é de interesse público e por isso fiscalizada pelo Poder Judiciário.

Dessa maneira, o controle da legalidade dos atos de registro pelo Poder Judiciário decorre de mandamento constitucional e independe da vontade dos participantes do título causal ou de eventuais interessados em virtude desse título causal, por quanto não se tem, em tais casos, senão análise do próprio ato do registro, realizado por delegatária do Poder Público, sujeito a fiscalização e controle do Estado.

A propósito do assunto, pertinente a observação feita por Ibraim Rocha et. al.¹⁰⁰:

Alerta-se que quando se trata de atos registrais nos cartórios de registros de imóveis, o Poder Judiciário exerce uma dupla função, a primeira típica, que é a dizer o direito aplicável ao caso concreto, quando provocado. A segunda atípica, que é a de fiscalizar a própria atividade administrativa dos cartórios.

Ora, uma vez que o papel do Poder Judiciário frente à atividade registral é a de fiscalização, este papel é exercido com todos os atributos do Poder de Polícia de que goza o Poder Público, pois não faria sentido que a Administração pudesse fiscalizar, sem ter o poder de desfazimento do ato nulo praticado por seus agentes.

Aliás, é de se perguntar assim, que razões poderiam evitar a revisão ou mesmo a declaração de nulidade de um registro irregular por parte da Corregedoria Geral de Justiça, quando é ela, em última análise, quem possui a competência institucional para fiscalizar os atos notariais? Afinal, negar essa possibilidade legal àquele órgão do Poder Judiciário seria praticamente jogar por terra, de maneira inconsequente, um princípio que representa um dos pilares do ordenamento jurídico nacional de que a Administração pode e deve rever seus próprios atos. Não apenas isso, retirar da Corregedoria de Justiça este poder-dever, importaria em institucionalizar a conduta omissiva daquele órgão.

Neste aspecto, diante do avolumado problema de títulos nulos de pleno direito, existentes nos cartórios de registros de imóveis, torna-se imperiosa a necessidade de se privilegiar a possibilidade de cancelamento de registros imobiliários através de procedimento administrativo.

Nesse contexto, o cancelamento administrativo de registros imobiliários *“torna-se poderoso instrumento e mecanismo de sanação do sistema e, por via de consequência, veículo dos mais eficazes e ágeis para a regularização fundiária”*¹⁰¹. Por esse motivo, “o ordenamento jurídico está a exigir uma ação

¹⁰⁰ ROCHA et. al., op. cit., p. 393.

¹⁰¹ CARAMURU, op. cit., p. 254.

decisiva dos órgãos controladores da legalidade, a fim de conferir credibilidade a um real sistema que esteja em consonância com a principiologia legal.”¹⁰².

A matéria envolvendo a atividade inerente ao registro de imóveis, portanto, tem nítido caráter público e sob esse viés é que deve ser enfrentada pelos operadores do direito.

4.3.2 O caráter público em razão do objeto do cancelamento

Outro aspecto que denota o caráter publicista da matéria inerente ao cancelamento administrativo diz respeito ao seu objeto que, em geral, é um bem público.

Conforme visto no capítulo terceiro, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Lei n. 6.739/79 reconhecendo que o escopo da norma é proteger o interesse público, consubstanciado na tutela especial dos bens públicos (BRASIL, 1983). Por essa razão, aliás, que a norma estabelece como ente legitimado a requerer o cancelamento administrativo às pessoas jurídicas de direito público interessadas (art. 1º).

Já no capítulo segundo, demonstrou-se que os imóveis rurais são originariamente públicos, pelo que a falta ou incompleta comprovação do regular desmembramento do patrimônio público implica na recusa formal e substancial ao reconhecimento da legitimidade do domínio particular. Ainda neste capítulo, abordou-se o regime especial incidente sobre os bens públicos, com destaque especial para sua indisponibilidade e gestão, o que justifica o uso do cancelamento administrativo como meio de combate à grilagem de terras públicas.

Desse modo, à luz do regime jurídico administrativo dos bens públicos, ao administrador lhe é conferido o poder/dever de zelar, conservar e proteger o patrimônio público, sobretudo contra investidas de terceiros, sendo o cancelamento administrativo de registros imobiliários com vícios na origem um dos instrumentos eficazes para o exercício desse poder/dever.

Assim, sendo o objeto do cancelamento administrativo a tutela de bens públicos, a matéria deve ser estudada à luz dos princípios e peculiaridades próprias do Direito Público, já que o domínio público é regido por esse ramo do direito. Em outras palavras, o regime jurídico administrativo incide sobre o domínio público, de modo que o direito de propriedade exercido pelo Estado sobre os seus bens é definido pelo Direito Público e princípios que lhe norteiam, e não por interesses particulares dissociados desses princípios.

Essa foi justamente a tônica da decisão proferida pelo CNJ no Pedido de Providências (PP) n. 0001943-67.2009.2.0.0000. Por ser

¹⁰² Ibid., p. 256.

extremamente coerente com este capítulo, transcreve-se a seguir importantes trechos dessa decisão (BRASIL, 2010, p. 15):

Diante de todo esse conjunto de considerações pode-se extrair o corolário natural de que o regime jurídico-constitucional da administração das terras públicas federais ou estaduais, aí incluídas as terras devolutas antes ou depois do deslinde, estão sujeitas aos princípios e valores próprios do patrimônio público, além de se sujeitarem os particulares ao ônus de comprovar a legitimidade da sua posse ou propriedade.

Outra vez, por isso, antes de qualquer consideração calha ter presente o regime da prevalência das prerrogativas da supremacia do interesse público. E sendo certo que os bens públicos são vocacionados necessariamente ao fim público, isto é, em favor de todos os cidadãos e instituições, revela-se preponderante a extrema importância dos fatores de sua proteção. Donde a interpretação legal em face dos casos que nesse âmbito vierem a se apresentar ao julgamento deve observar simetricamente a prevalência de tais valores, respondendo às indagações técnicas com argumentos capazes tanto de solver a questão quanto não desmerecer os referidos princípios.

A conjugação dessas cautelas autoriza o administrador, no âmbito administrativo e na defesa do patrimônio público assim acautelado por essa proteção, a adoção das medidas e providências correspondentes. Isto é, ao administrador cabe como poder e dever legal, prover administrativamente a segurança e a proteção do patrimônio público no âmbito de seus poderes, pois, repita-se, o administrador não poderia ser privado de poderes próprios para essa tarefa.

Sustentar em contrário seria impedir o administrador de proteger o patrimônio público por seus próprios meios, a despeito de se lhe reconhecer formalmente a supremacia do interesse público e a vocação supraindividual de bens estatais ou públicos.

Em última análise, do regime jurídico citado resulta imperioso ao administrador tomar todas as iniciativas suficientes e necessárias para a proteção dos bens públicos. Inclui-se nessa perspectiva a adoção pela própria administração estadual ou federal de medidas de ordem administrativa, resultantes do regime correspondente e como desenvolvimento precípua de seus princípios, pouco importando que a legislação infraconstitucional geral de registros ou relacionadas com o regime jurídico da propriedade privada contenha ou sugira disposições aparentemente conflitantes.

Da leitura do excerto acima, pouco se acrescentaria ao magistral voto do Ministro Relator, em total consonância com as premissas expostas neste trabalho, em especial à defendida tutela jurídico-constitucional dos bens públicos.

De fato, é cediço que o acesso ao Judiciário é sempre demorado e custoso, sendo necessário um mecanismo mais célere e adequado para tutela dos bens públicos indevidamente registrados em nome de particulares, o que ocorre com a atividade meramente administrativa da Corregedoria e seus Juízes vinculados, ao procederem o cancelamento administrativo de matrículas ou registros criados com amparo em título nulo de pleno direito.

Tal raciocínio resulta, como se disse, do regime jurídico-constitucional da administração das terras públicas federais ou estaduais que, conforme foi bem ressaltado pelo Ministro Gilson Dipp no precedente citado acima, impõe “*ao administrador tomar todas as iniciativas suficientes e necessárias para a proteção dos bens públicos*” (ibidem, p. 15), tal como a adoção das medidas de ordem administrativas destinadas a cancelar registros vinculados a títulos nulos de pleno direito.

Nesse sentido, frise-se que a idéia moderna de legalidade repudia essa visão estreita da atividade administrativa, calcada apenas na análise da legislação infraconstitucional, devendo, também, se ater aos valores que informam o ordenamento jurídico como um todo, em especial àqueles previstos nas disposições constitucionais.

Evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à ‘lei e ao Direito’, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei de Processo Administrativo Federal (art. 2º, Parágrafo Único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo. Note-se que esta formulação é uma via de mão dupla: serve tanto para restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais, como para permitir a sua atuação quando, mesmo diante da ausência de lei infraconstitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem a sua atuação.¹⁰³

De fato, sob essa perspectiva constitucional, considerando que compete ao Poder Judiciário o controle da legalidade dos atos de registro (art. 236, § 1º, da CF/88), pode e deve o juiz, diante do reconhecimento da nulidade do ato do registro, promover-lhe o cancelamento, em procedimento administrativo próprio, sem que seja necessário instaurar um processo jurisdicional para tanto.

Por essa razão, o regime jurídico-constitucional dos bens públicos direciona-se tanto ao administrador desses bens, como também ao Poder

¹⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 236, abr./jun. 2004.

Judiciário, a quem por expressa determinação constitucional incumbe fiscalizar a regularidade dos registros imobiliários (art. 236, § 1º, da CF/88).

Em suma, tanto o Administrador com relação aos bens públicos, quanto as Corregedorias com respeito aos assentos garantidores, estão obrigados a tomar as medidas adequadas que se amoldem ao espírito dessa disciplina, cujas premissas foram corretamente adotadas pelas disposições da Lei n. 6.739/79.

Nesse sentido, oportuno citar novamente o precedente do PP n. 0001943-67.2009.2.0.0000 (BRASIL, 2010, p. 16):

Nessa medida a lei em causa dá fiel aplicação aos princípios antes enunciados, sendo suas determinações a resultante lógica da exatidão dos pressupostos assinalados. Aliás, essa legislação indica que as Corregedorias poderão, ou deverão como soa mais adequado, adotar tais providências de caráter administrativo ante a verificação da nulidade dos registros, sem embargo de eventuais recursos ou demandas da parte interessada nos moldes do procedimento ali mesmo descrito.

Nada obstante a peculiaridade da legislação referida, sobretudo à vista da tradição exegética de limitar o pronunciamento da nulidade pleno ao órgão judiciário, essa legislação não foi impugnada de constitucional e mesmo as alterações subsequentes (promovidas pela Lei nº 10.267, de 2001, por exemplo) não foram objeto de questionamento perante a Corte Suprema ou nela até o presente nada se declarou contrário à lei maior.

Somadas as considerações desenvolvidas, os precedentes do próprio Conselho Nacional de Justiça (resumidos acima), assim como as ponderações derivadas da lei que autoriza o cancelamento administrativo a requerimento do poder público revela-se perfeitamente aceitável a tese de que a fiscalização e o controle dos registros sobre terras identificadas como de domínio público podem por sua vez ser objeto de fiscalização e controle, igualmente pela via administrativa, tanto pela iniciativa da pessoa pública titular de seus direitos reais quanto do Poder Judiciário encarregado de sua fiel identificação perante os registros.

Dessa maneira, também em razão do objeto do cancelamento administrativo, que visa tutelar os bens públicos, sujeitos a regime especial, marcadamente regido pelo Direito Público e seus princípios e valores, é possível extrair-se o caráter público da matéria.

4.3.3 O caráter público em razão do interesse público no combate à grilagem

Por fim, o caráter público da temática em questão evidencia-se em razão do interesse público que lhe é subjacente, caracterizado no combate que o cancelamento administrativo realiza contra a grilagem de terras públicas, visando garantir-lhes a sua correta destinação.

Conforme visto no capítulo segundo, a grilagem de terras públicas continua sendo uma das principais mazelas do país, uma vez que são inquestionáveis os efeitos deletérios decorrentes dessa modalidade de crime, notadamente econômicos e sociais, pois, a propriedade fruto de grilagem, impede a circulação de riquezas e bens, além de ceifar o acesso a terra pela população carente.

Consoante foi exposto, o crime da grilagem não se limita à apropriação indevida das terras, sendo muitas vezes apenas o meio para se alcançar outros atos ilícitos, como a obtenção de empréstimos bancários indevidos, oportunidade de se oferecer a propriedade espúria como garantia de ônus reais e execuções judiciais, exploração do potencial ambiental da propriedade, dentre outras negociatas escusas.

Além de contribuir para aumentar a distribuição desigual de terras, a grilagem de terras públicas é um dos principais fatores da violência no campo, pois as terras “griladas” são almejadas por movimentos sociais, ocupantes de boa-fé e populações tradicionais (quilombolas, indígenas, etc.), que acabam enfrentando os “grileiros”, que não abdicam desse negócio lucrativo, sendo comum assistir nos noticiários nacionais o saldo de mortes em decorrência dessa violência.

É nesse cenário que se evidencia o interesse público, coletivo e social do cancelamento administrativo previsto na Lei n. 6.739/79, porque ele ataca, justamente, o ato que dá a aparência de regularidade à propriedade fruto da grilagem, que é o registro do imóvel.

Uma vez cancelado o registro da propriedade objeto da grilagem, dá-se um grande passo para destinar corretamente essas terras, atendendo, com isso, o comando inserto no artigo 13 da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, segundo o qual *“As terras rurais de domínio da União, dos Estados e dos Municípios ficam destinadas, preferencialmente, à execução de planos de reforma agrária”*.

O artigo 13 da Lei n. 8.629/93 consagra princípio fundamental do direito agrário nacional: o da destinação preferencial das terras públicas rurais federais, estaduais e municipais para execução do plano de reforma agrária. O fundamento da validade da referida norma é o artigo 188 da Constituição Federal, que dispõe que *“a destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária”*¹⁰⁴.

Em um país como o Brasil, que a despeito de sua dimensão territorial, apresenta um problema de distribuição de suas terras que remonta ao tempo do Império, a norma em questão se apresenta como

104 Boa parte dos argumentos expostos neste capítulo foram extraídos da obra coletiva “Lei 8629/93 comentada por procuradores federais: uma contribuição da PFE/INCRA para o fortalecimento da reforma agrária e do direito agrário autônomo” (Brasil, 2011), que teve contribuição deste autor.

da mais alta relevância social, merecendo, portanto, toda a atenção dos agentes públicos responsáveis pela sua aplicação.

De fato, o problema atual de distribuição de terras no país nada mais é do que “uma dívida não resgatada” do passado¹⁰⁵. Com efeito, já em sua colonização, foi dado o primeiro passo para o problema latifundiário, quando em 1531 o Governo português doou ao colonizador Martin Afonso de Souza 100 (cem) léguas de terras, que naquela época correspondia a nada menos do que 660 km¹⁰⁶.

Desse contexto surge a importância histórica do marco legislativo instaurado com a previsão do artigo 13 da Lei n. 8.629/93, ao consagrar princípio fundamental do direito agrário, consistente na destinação preferencial das terras públicas rurais para execução de planos de reforma agrária, visando resgatar, assim, essa dívida da distribuição desigual de terras deixada pelos antepassados, através da implantação dessa política pública.

Em um país que, ao longo da sua história, registrou grande concentração de terras na posse de poucos, onde o problema de grilagem de terras públicas permanece latente, e que, lamentavelmente, ainda se registram conflitos no campo em todo o território brasileiro, com expressivo número de mortes, a urgência da reforma agrária é inquestionável.

A Reforma Agrária continua na pauta da luta dos trabalhadores e é necessária a qualquer plano de governo. Cabe à sociedade brasileira, apesar da lei e com a lei, impulsionar a conquista da terra como condição básica para a democracia, a justiça, a retomada do desenvolvimento, o combate à fome e à miséria. Em outras palavras, para garantir a todos os brasileiros a plenitude da vida.¹⁰⁷

Em suma, o cancelamento administrativo do registro imobiliário irregular, enquanto instrumento de combate à grilagem de terras públicas, acaba por proporcionar o acesso a terra para aqueles que dela efetivamente necessitam para sobreviver, garantindo, com isso, a satisfação de outros direitos fundamentais previstos na Carta Magna, como o da alimentação e da moradia e, em última análise, da dignidade humana, conforme pontua Jacques Távora Alfonsin¹⁰⁸, em importante obra sobre o tema:

À terra transformada em mercadoria pelo sistema econômico, político e jurídico capitalista, somente se permite acesso através da chamada “demanda solvente”, ou seja, a quem tenha dinheiro para tanto.

Em consequência, é quase exclusivamente através do direito de propriedade que se admite tal acesso.

¹⁰⁵ LINHARES, Maria Yedda Leite; TEIXEIRA DA SILVA, Francisco Carlos. *Terra prometida: uma história da questão agrária no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 67.

¹⁰⁶ MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁰⁷ SANTOS, Fábio Alves dos. *Direito agrário: política fundiária no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 261.

¹⁰⁸ ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Fabris, 2003. p. 266.

Já são multitudinários, porém, no Brasil e no mundo, os assentamentos humanos que estão garantindo, de fato, o respeito devido aos direitos fundamentais à alimentação e à moradia, exercendo um poder de uso sobre o bem terra à revelia do valor de troca que a ela impôs o sistema que a disciplina ainda hoje.

Às ilicitudes atribuídas a tais gestos de defesa da vida, pelas quais eles eram violentamente reprimidos, começa a suceder uma convicção ético-político-jurídica fruto de uma nova hermenêutica debruçada sobre os fatos e sobre os ordenamentos jurídicos, que neles percebe eficaz garantia de dignidade humana e conquista de cidadania.

É inconteste, portanto, o caráter público da matéria que envolve o cancelamento administrativo do registro imobiliário nulo de pleno direito, haja vista o interesse público, coletivo e social que está por detrás dessa forma de combate à grilagem de terras públicas, permitindo, com isso, a sua destinação social para Reforma Agrária e uma melhor distribuição de terras no país.

5 CONCLUSÃO

O final deste trabalho acaba por recordar uma conhecida parábola sobre o lenhador e a raposa. Segundo essa parábola, um lenhador acordava às 6 da manhã e trabalhava o dia inteiro cortando lenha, só parando tarde da noite. Ele tinha um filho lindo de poucos meses e uma raposa, sua amiga, tratada como bicho de estimação e de sua total confiança. Todos os dias o lenhador ia trabalhar e deixava a raposa cuidando do bebê. Ao anotecer, a raposa ficava feliz com a sua chegada.

Os vizinhos do lenhador alertavam que a raposa era um bicho, um animal selvagem, e, portanto, não era um animal confiável, e quando sentisse fome comeria a criança. O lenhador dizia que isso era uma grande bobagem, pois a raposa era sua amiga e jamais faria isso. Os vizinhos insistiam:

— Lenhador, abra os olhos! A raposa vai comer seu filho.

— Quando ela sentir fome vai comer seu filho!

Um dia o lenhador, exausto do trabalho e cansado desses comentários, chegou em casa e viu a raposa sorrindo como sempre, com sua boca totalmente ensanguentada. O lenhador suou frio e, sem pensar duas vezes, acertou um machado na cabeça da raposa. Desesperado, entrou correndo no quarto. Encontrou seu filho no berço, dormindo tranqüilamente, e ao lado do berço uma cobra morta¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Disponível em: <<http://www.possibilidades.com.br/parabolas/lenhador.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

O instrumento do cancelamento administrativo é a raposa injustiçada. Ele não é o vilão da história, como muitos propagam. Ao revés, se corretamente utilizado, pode ser uma poderosa ferramenta de combate ao verdadeiro inimigo: a grilagem de terras públicas.

Chegou a hora de encarar a matéria com novo olhar, enfrentando a temática do cancelamento administrativo do registro imobiliário irregular sob uma ótica diferente, revestida dos princípios e fundamentos próprios do Direito Público, não havendo mais espaço para exegeses privatistas e dissociadas do interesse público que envolve esse tema.

Conforme alertado pelo CNJ no precedente muitas vezes citado ao longo deste trabalho, a permanência desse modo privatista de compreender os poderes e atitudes do titular do patrimônio público, pela Administração ou pelas Corregedorias de Justiça, deixa entrever uma evidente falha na assimilação do paradigma constitucional vigente, com toda ordem de prejuízos sociais e econômicos decorrentes desse tipo de comportamento, notadamente pela omissão de se combater o problema da grilagem de terras públicas no país.

O cancelamento administrativo de registros amparados em títulos nulos de pleno direito não só encontra amparo legal (Lei n. 6.739/79), como também resulta do regime jurídico-constitucional da administração das terras públicas federais ou estaduais, o qual o Poder Público como um todo tem obrigação de tutelar.

Mais importante, contudo, do que seus fundamentos dogmáticos e jurídicos é a constatação de que o cancelamento administrativo se apresenta como eficiente instrumento contra a apropriação indevida de terras públicas por particulares, repercutindo, assim, em valores sociais dos mais nobres, em razão da busca pela eliminação da grilagem e dos problemas socioeconômicos decorrentes.

Se tal compreensão do problema fosse minimamente observada pelos agentes responsáveis pela utilização desse instituto, a história sobre o lenhador e a raposa poderia ter um final feliz.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Roberto. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 236, abr./jun. 2004.
- BERTHE, Marcelo Martins. Cancelamento de transcrições de registro imobiliário. In: *Ciência jurídica*, v. 10, n. 68, p. 330-333, mar./abr. 1996.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Parcelamento do solo urbano: doutrina, legislação e jurisprudência de acordo com o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Corregedoria, Pedido de Providências nº 0001943-67.2009.2.0.0000, Relator: Min. Gilson Dipp, *Diário da Justiça Eletrônico nº 154/2010, DF*. 24 agosto, 2010, p. 8-17, DESP 28.

_____. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Procuradoria Federal Especializada junto ao INCRA. *Lei 8629/93 comentada por procuradores federais: uma contribuição da PFE/INCRA para o fortalecimento da reforma agrária e do direito agrário autônomo*. Brasília: INCRA, 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

_____. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

_____. *Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9760.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

_____. *Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

_____. *Lei nº 6.739, de 05 de dezembro de 1979*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6739.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

_____. *Lei n. 5.709, de 07 de outubro de 1971*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5709.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, EREsp n. 687.216/SP, Rel. Ministro Castro Meira, *Diário de Justiça Eletrônico*, DF 04 ago. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADI 2415, Relator(a): Min. Ayres Britto, *Diário de Justiça Eletrônico*, DF 09 fev. 2012

_____. Supremo Tribunal Federal, Pleno. Mandado de Segurança nº 29312., Relator(a): Min. Ellen Gracie, *Diário de Justiça Eletrônico*, DF 09 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE 51290, Relator(a): Min. Evandro Lins, *Diário da Justiça*, DF. 18 nov. 1968.

_____. Supremo Tribunal Federal, Terceira Turma, Rp 1070, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, *Diário da Justiça*, DF. 23 maio 1983.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Terceira Turma, AC 2004.41.00.001958-0/RO, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, *Diário de Justiça Eletrônico*, DF 09 jan. 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Quarta Turma, AC 2007.41.00.001066-0/RO, Rel. Desembargador Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes, *Diário de Justiça Eletrônico*, DF 30 maio 2008.

CARAMURU, Afonso Francisco. *Do Registro de Imóveis e seu Cancelamento*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

_____. *Processo Administrativo Federal. Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999*. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Célio Rodrigues da. *Processo administrativo sancionador*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 13 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/course/view.php?id=18>>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____. *Decadência e prescrição no Direito Público*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 56 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/course/view.php?id=18>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Sistema de registros de imóveis*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

ÉLERES, Paraguassú. Cadastro de Imóveis Rurais e Grilagem. In: *Revista de Direito Agrário*, n. 20, 2007.

FELZEMBURG, Daniel Martins. Conselho Nacional de Justiça admite o cancelamento administrativo de matrículas irregulares de imóveis. Um grande passo para defesa das terras públicas. *Jus Navigandi*, v.15, p.2658, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. In: *O Direito*. n. 143, II.
- LINHARES, Maria Yedda Leite; TEIXEIRA DA SILVA, Francisco Carlos. *Terra prometida: uma história da questão agrária no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 4. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ROCHA, Ibraim et al. *Manual de Direito Agrário constitucional: lições de direito agroambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SÁ, João Daniel Macedo. A possibilidade do cancelamento administrativo de registros de imóveis e o combate à grilagem [recurso eletrônico]. In: *Revista jurídica da Presidência*, v. 14, n. 103, jun./set. 2012.
- SANTOS, Fábio Alves dos. *Direito agrário: política fundiária no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- WIKIPÉDIA, Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Grileiro>>. Acesso em: 15 set. 2013.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SUAS REPERCUSSÕES NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E NA DEFESA DOS ENTES PÚBLICOS EM JUÍZO

*Emília Corrêa de Araújo Oliveira
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução histórica e configuração do Direito Sanitário como um novo ramo jurídico; 1.1 Surgimento do direito à saúde como um direito social; 1.2 Princípios do Direito Sanitário; 1.3 Fontes do Direito Sanitário; 2 A judicialização da saúde e suas repercussões no Sistema Único de Saúde (Sus) e na defesa dos Entes Públicos em juízo; 2.1 Distribuição das competências entre os Entes Federados na área da saúde; 2.2 Princípio da Reserva do Possível e os gastos com a saúde; 2.3 Direito à saúde baseado em evidências: Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Inicialmente, a presente monografia pretende desenvolver um breve estudo acerca do Direito Sanitário, desde o surgimento do direito à saúde como um direito social, passando pelos seus princípios basilares e respectivas fontes normativas. Em seguida, passamos ao tema principal, a saber, a judicialização da saúde no Brasil e seus reflexos no Sistema Único de Saúde (SUS). Tal processo vem ganhando crescente importância teórica e prática, haja vista que o Poder Judiciário no Brasil vem sendo cada vez com maior frequência acionado para garantir as mais diversas prestações de saúde em juízo, sendo que tais decisões judiciais acabam por acarretar um inevitável e gravoso impacto político e econômico no sistema de saúde pública. Por fim, buscou-se analisar as consequências desse processo para a Administração Pública, os administrados e advogados públicos, findando com a exposição da visão do Judiciário acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Sanitário. Judicialização. Reflexo. Sistema. Saúde. Pública.

ABSTRACT: Initially, this thesis aims to develop a brief study of the Health Law, since the emergence of the right to health as a social right, passing by their respective basic principles and regulatory sources. Then we move to the main theme, namely the judicialization of health in Brazil and their reflections in the Unified Health System (SUS). This process has become increasingly theoretical and practical importance , given that the judiciary in Brazil has been increasingly more frequent fires to ensure the most diverse health benefits in court, and such court decisions eventually lead to an unavoidable and burdensome impact political and economic in the public health system. Finally, we sought to examine the consequences of this process for Public Administration, regulated and public attorneys, ending with the exposition of the vision of the judiciary on the subject.

KEYWORDS: Health Law. Judicialization. Reflex. System. Health. Public.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará da judicialização da saúde, que vem hoje ganhando crescente importância teórica e prática, incitando debates frequentes entre acadêmicos, operadores do Direito, gestores públicos e a sociedade civil.

Conforme ressaltam diversos autores, o Poder Judiciário no Brasil vem sendo cada vez com maior frequência acionado para garantir as mais diversas prestações de saúde em juízo.

E as decisões judiciais, nesses casos, devido à própria natureza do direito discutido, acabam por acarretar um inevitável e gravoso impacto político e econômico, haja vista demandarem, muitas vezes, prestações públicas que nem sempre se encontram disciplinadas em políticas públicas, possuindo prazos, gastos e procedimentos totalmente dissonantes dos previstos administrativamente.

Inicialmente, buscar-se-á estudar a evolução histórica e o estabelecimento do Direito Sanitário como ramo autônomo do Direito, o qual se iniciou com o surgimento do direito à saúde como direito social, bem como estabelecer os seus princípios basilares e as suas principais fontes.

Em seguida, abordar-se-á, de forma não exaustiva, a judicialização da saúde propriamente dita, haja vista a relevância social e política do tema, no Brasil, o que fez com que o Supremo Tribunal Federal convocasse uma audiência pública para discutir as questões relativas à garantia do direito à saúde e o Sistema Único de Saúde, com a participação de gestores públicos, acadêmicos, membros do Poder Judiciário, Promotores Públicos, Procuradores da União e dos Estados, Organizações da Sociedade Civil, entre outros.

Para tanto, desenvolver-se-á um estudo sistemático acerca da estrutura complexa e abrangente do SUS, o qual se presta a cuidar da saúde da população brasileira, que integra a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, formando uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de Governo e participação da comunidade, destinada a garantir, de forma sistêmica, o direito à saúde de todos os cidadãos.

Ademais, tratar-se-á da Lei Orgânica da Saúde – LOS, composta pelas Leis nºs 8.080 e 8.192, ambas de 1990, que normatizam amplamente o Sistema Único de Saúde em todo o território nacional, disciplinando as ações e serviços de saúde nos três níveis de governo da Federação.

Por fim, buscar-se-á demonstrar soluções para minimizar o impacto da judicialização no Sistema Único de Saúde, de forma a atender a maior quantidade de pessoas possível, com os escassos recursos disponíveis.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONFIGURAÇÃO DO DIREITO SANITÁRIO COMO UM NOVO RAMO JURÍDICO

1.1 Surgimento do direito à saúde como um direito social

O Estado, ao longo dos tempos, passou por diversas mudanças paradigmáticas¹ e, com elas, surgiram as mais diversas gerações de direitos fundamentais. E tal fato significou uma verdadeira alteração da visão de mundo e do próprio constitucionalismo.

Em princípio, após a ruptura com o paradigma antigo-medieval, a sociedade descobriu a possibilidade de se estabelecer sem escravidão e servidão, podendo se afirmar, pela primeira vez, como uma sociedade de homens livres, iguais e proprietários. Isso aconteceu, principalmente, na Europa, haja vista que tal fato não ocorreu de forma efetiva em vários países, tais como o Brasil, por exemplo, tendo em vista que a escravidão somente foi formalmente abolida no ano de 1888, apesar de perdurar até hoje em alguns segmentos sociais.

Nesse modelo, chamado de Estado liberal ou absenteísta, o Poder Executivo se limitava a um mero aplicador das leis, não se importando com as desigualdades materiais existentes entre os indivíduos. A igualdade era meramente formal e o Estado deveria garantir apenas o mínimo necessário para que o excesso de egoísmo não destruísse a sociedade.

Nessa época, para Habermas, havia uma flagrante separação entre Estado e sociedade, de forma que:

A estrutura doutrinária partia da ideia de que o direito privado, ao passar pela organização de uma sociedade econômica despolitizada e subtraída das intromissões do Estado, tinha que garantir o status negativo da liberdade de sujeitos de direito e, com isso, o princípio da liberdade jurídica; ao passo que o direito público, dada uma peculiar divisão de trabalho, estaria subordinado à esfera do Estado autoritário, a fim de manter sob controle a administração que operava sob reserva de intervenção e, ao mesmo tempo, garantir o status jurídico positivo das pessoas privadas mantendo a proteção do direito individual.²

Assim, surge a primeira “geração” de direitos fundamentais, os quais correspondem aos referidos nas Revoluções Francesa e Americana,

¹ A noção de paradigma é articulada, a partir de Thomas S. Kuhn, por Jürgen Habermas, para tratar do “Estado Democrático de Direito” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 123-190).

² Ibidem, p. 132.

consistindo em obrigações de não-fazer por parte do Estado e se referindo às liberdades individuais.

No entanto, após a I Guerra Mundial, pode-se falar de uma verdadeira “ressaca” desse modelo.³ A ideia de que o Estado mínimo deveria garantir o máximo de liberdades aos indivíduos, do livre curso da sociedade civil, levou a consequências bastante radicais.⁴

Tal fato gerou um verdadeiro “abismo” social que, associado ao processo de industrialização e ao crescimento demográfico, fez com que surgisse o chamado constitucionalismo social ou Estado social, exigindo-se que o ente estatal tivesse um papel mais ativo na sociedade, ante o surgimento de novas reivindicações sociais.

O Estado deixava de ter um papel de mero espectador, passando a atuar de forma ativa na sociedade, a fim de minimizar os desníveis sociais existentes. Nesse ponto, não houve uma mera ampliação da tábua de direitos fundamentais, mas uma verdadeira ressignificação, principalmente, dos direitos de liberdade e igualdade, os quais tinham que se adaptar ao novo paradigma existente.⁵ Ao Estado, caberia intervir na atividade dos particulares, a fim de garantir que os mesmos usufruíssem de sua liberdade sem, com isso, violar os direitos sociais e a busca pela igualdade material. Era o chamado Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State*.

Conforme afirmado por Habermas, o modelo do Estado social surgiu da crítica reformista ao direito formal burguês.⁶ Para ele, o *status negativo* de sujeitos do direito não poderia mais ser garantido por meio do que ele chamou de direito geral a liberdades subjetivas iguais. Por conseguinte, tornou-se necessário especificar, de um lado, o conteúdo das normas do direito privado existente e, de outro, introduzir uma nova categoria de direitos fundamentais, capazes de possibilitar uma distribuição mais justa da riqueza produzida.⁷

São os chamados direitos fundamentais de segunda “geração”, dentre os quais está o direito à saúde, cuja proteção, nas palavras do professor Fernando Aith, “nos Estados Modernos vem junto com o desenvolvimento dos Estados Democráticos de Direito.”⁸

3 CARVALHO NETO, Menelick de. *Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Texto base da disciplina Direito Constitucional do eixo comum do Curso de Especialização em Direito Público, Centro de Educação à Distância da Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, Brasília, 2013, p. 14.

4 Ibidem, p. 14.

5 Ibidem, p. 15.

6 HABERMAS, op. cit., p. 138.

7 Ibidem, p. 139

8 AITH, Fernando. *Curso do Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 61.

Para ele, o direito à saúde somente poderá ser efetivamente protegido num modelo de Estado no qual vigorem o constitucionalismo, a proteção aos direitos humanos e o respeito aos princípios democráticos.⁹

Por tal motivo, somente a partir do século XX, é que os direitos sociais passaram a ser incorporados constitucionalmente. Inicialmente, surgiram, no âmbito internacional, as Declarações de Direitos, as quais eram voltadas para determinadas classes de indivíduos que, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, não poderiam ser atendidos como as pessoas em geral, haja vista o fato de que são diferentes. Assim, especificamente voltadas para essas categoria de indivíduos, surgiram a Declaração dos Direitos das Crianças, de 1959, a Declaração de Direitos do Deficiente Mental, de 1971, e a Declaração dos Direitos dos Incapacitados, de 1975, entre outras.¹⁰

Ademais, muito embora em algumas leis fundamentais, como a da Alemanha (1949), eles não tenham sido expressamente positivados, não existindo, portanto, naquele ordenamento, direitos sociais típicos, com exceção apenas da proteção da maternidade e dos filhos, além da imposição de uma atuação positiva do Estado no sentido de compensar desigualdades fáticas, tais como, a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais, a discussão acerca da garantia de um mínimo existencial restou travada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, tendo sido desenvolvida pela doutrina, jurisprudência, além da prática legislativa e administrativa.¹¹

No Brasil, o direito à saúde foi incluído no rol de direitos sociais previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, ostentando o *status* de direito fundamental, além de ter sido previsto também no âmbito da seguridade social (art. 196 da CF/88)¹².

Além disso, foi reconhecido por diversos instrumentos internacionais, tais como, a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

No entanto, a previsão do direito à saúde como direito fundamental deu azo a uma proliferação de atos normativos e decisões judiciais, com o principal objetivo de proteger esse fundamental direito.

⁹ Ibidem, p. 61.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 709.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4. Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. p. 06.

¹² Art. 196, CF/88. 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.

Por outro lado, o direito à saúde, além de direito fundamental, segundo o professor Fernando Aith¹³, também pode ser considerado como um direito público subjetivo, vez que permite ao cidadão que ajuíze uma ação junto ao Poder Judiciário, a fim de exigir que o Estado ou terceiros responsáveis legalmente adotem ou se abstêm de adotar medidas no sentido de garantir concretamente a sua proteção.

Ademais, além de direito humano fundamental, o direito à saúde é necessário ao desenvolvimento do país, por tal motivo, as ações e os serviços públicos de saúde são, no Brasil, considerados como de relevância pública.¹⁴

O Estado é o responsável pela elaboração e execução das políticas públicas, que melhor atendam aos interesses da sociedade como um todo. Essas políticas devem estar de acordo não apenas com a Constituição, mas com os demais instrumentos normativos existentes no ordenamento jurídico brasileiro a respeito do assunto.

1.2 Princípios do Direito Sanitário

O Direito Sanitário, assim como outros ramos do Direito, também possui princípios jurídicos que o norteiam e, para ser compreendido em sua integralidade, tais princípios devem ser conhecidos e estudados, haja vista decorrerem das normas jurídicas positivadas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Em primeiro lugar, iremos tomar como ponto de referência a classificação apresentada pelo professor Fernando Aith¹⁵, que divide os princípios em: grandes princípios (princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio da liberdade e princípios da igualdade e equidade); e princípios decorrentes (princípio do consentimento, princípio da segurança sanitária, princípio da informação e da participação da comunidade). No entanto, vamos tratar apenas daqueles que possuam alguma relevância para o desenvolvimento deste trabalho.

O primeiro princípio citado pelo jurista e que está classificado dentre os chamados grandes princípios do Direito Sanitário, é o da proteção da dignidade da pessoa humana. Trata-se de fundamento das sociedades modernas, cujo conceito jurídico ainda se apresenta como um grande desafio para a comunidade jurídica.

Segundo o professor:

¹³ AITH, op. cit., p. 72.

¹⁴ Art. 197, CF/88. São de relevância pública as ações e os serviços públicos de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

¹⁵ AITH, op. cit., p. 164-165.

Convém aprofundar, neste momento, a sua importância para o Direito Sanitário e como este ramo do Direito organiza-se em função da necessidade de se proteger a dignidade da pessoa humana, para que cada ser humano possua saúde mental, física e social, requisito básico para uma vida digna.¹⁶

Para Luís Roberto Barroso, “*a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais*”¹⁷, de forma que ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais.

Segundo o Ministro recém-empossado do Supremo Tribunal Federal, os princípios funcionam, ora como fontes diretas de direitos e deveres, ora com papel interpretativo. E com a dignidade da pessoa humana não podia ser diferente; pois, do seu núcleo essencial de sentido, podem ser extraídas regras que incidirão sobre situações concretas. Já no que diz respeito ao seu caráter interpretativo, ele irá informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais.

Ademais, para Ingo Sarlet¹⁸, a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada como algo inerente à natureza humana, haja vista também possuir um aspecto cultural. Tal circunstância, inclusive, já havia sido reconhecida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em decisão que serviu de referência para as ordens constitucionais de outros países da Europa.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Para que possa funcionar como um conceito operacional do ponto de vista jurídico, é indispensável dotar a ideia de dignidade de um conteúdo mínimo, que dê unidade e objetividade à sua aplicação. A primeira tarefa que se impõe é afastá-la das doutrinas abrangentes, sejam elas religiosas ou ideológicas. As características de um conteúdo mínimo devem ser a laicidade – não pode ser uma visão judaica, católica ou muçulmana de dignidade –, a neutralidade política – isto é, que possa ser compartilhada por liberais, conservadores e socialistas – e a universalidade – isto é, que possa ser compartilhada por toda a família humana.¹⁹

Nesse mesmo sentido, o professor Ingo Wolfgang Sarlet, com o intuito de estabelecer a máxima afinidade possível com uma concepção

¹⁶ Ibidem, p. 165.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 273.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. revista e atualizada, 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 42.

¹⁹ BARROSO, op. cit. p. 274.

multidimensional, aberta e inclusiva da dignidade da pessoa humana, buscou conceituá-la como:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cumho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.²⁰

Para ele, os direitos sociais abrangem tanto direitos a prestações positivas quanto negativas, além de não possuírem necessariamente um conteúdo que possa ser diretamente reconduzido à dignidade da pessoa humana. No entanto, não por este motivo, deixam de ter um núcleo essencial.

Por fim, tem-se que a dignidade da pessoa humana é um direito inalienável e imprescritível, além de que a sua proteção deve ser ilimitada, pois muitas são as violências que o ser humano pode sofrer. Além disso, a própria Constituição Federal de 1988 a considera como fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III). Ademais, ele ainda encontra previsão em outros capítulos de nossa Lei fundamental, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*)²¹, seja como fundamento da necessidade de planejamento familiar (art. 226, § 7º), além de um direito da criança, do adolescente (art. 227, *caput*).²² Mais adiante, em seu art. 230, *caput*, restou consignado que “*a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando a sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida*”.²³

No Direito Sanitário, esse princípio deve ser relacionado aos direitos expressamente protegidos pelas normas jurídicas desse ramo do direito. Assim, ele poderá ser interpretado como fundamento do direito à integridade física e mental do ser humano, do respeito à intimidade do paciente e do direito de morrer com dignidade.

O segundo princípio é o da liberdade, que deve ser traduzido para o Direito Sanitário como o direito, tanto para os profissionais de saúde

²⁰ SARLET, op. cit., p. 53.

²¹ Ibidem, p. 80.

²² AITH, op. cit. p. 167.

²³ SARLET, op. cit. p. 80.

quanto para os pacientes, de usufruir de ampla liberdade, seja para o exercício profissional, seja para a proteção do paciente. No entanto, como se sabe, tal liberdade poderá ser limitada, sempre que houver motivos de interesse público que a exijam em benefício da coletividade. A liberdade de escolha do médico ou do tratamento a ser fornecido ao paciente, portanto, pode ser limitada por questões financeiras e técnicas. Com maior razão isso se dará no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Quanto à liberdade de acesso às informações médicas arquivadas nos serviços de saúde, o professor Fernando Aith nos ensina que:

É o direito de acesso às informações arquivadas nos prontuários médicos ou em quaisquer outros tipos de documentos existentes nas clínicas, hospitalares ou consultórios médicos onde estejam armazenadas informações sobre o usuário. Esse direito se aplica não só às informações médicas mas também às informações administrativas existentes no estabelecimentos de saúde.²⁴

Tal direito, inclusive, encontra-se previsto dentre os princípios aplicáveis ao Sistema Único de Saúde. Vejamos:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

...

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;²⁵

Da mesma forma, o jurista cita, dentre os grandes princípios, o da igualdade ou da equidade ou, ainda, da solidariedade, que, segundo já afirmado, possui duas dimensões: a formal, que nada mais é do que a igualdade perante a lei, já concebida desde a época do Estado liberal e que, no âmbito do Direito Sanitário, consiste no acesso igualitário às ações e serviços de saúde; além da material, que implica a universalização das ações e serviços de saúde de todos os níveis.

O Direito à saúde integra um sistema mundializado de proteção dos direitos humanos e o princípio da igualdade visa garantir o direito à diferença, o qual não corresponde à desigualdade, consistindo na

²⁴ AITH, op. cit. p. 205.

²⁵ Art. 7º, V, da Lei no 8.080/90.

igualdade de acesso às condições necessárias para que cada indivíduo se desenvolva física, mental e espiritualmente em sua plenitude.²⁶

Nesse ponto, cabe analisar o princípio da não-discriminação, previsto no art. 7º, IV, da Lei nº 8.080/90, o qual deve nortear as ações e os serviços públicos de saúde, bem como os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS.²⁷

Tal princípio deve orientar, principalmente, as ações e serviços públicos de saúde, devendo o Estado elaborar e executar políticas públicas sem privilegiar determinados grupos sociais ou coletividades específicas, ou seja, devem ser extirpadas quaisquer espécies de preconceitos.

Cabe aqui falar, ainda, da universalidade, que, considerado princípio do Sistema Único de Saúde, nas palavras Carmen Teixeira²⁸:

é um princípio finalístico, ou seja, é um ideal a ser alcançado, indicando, portanto, uma das características do sistema que se pretende construir e um caminho para sua construção. Para que o SUS venha a ser *universal* é preciso se desencadear um *processo de universalização*, isto é, um processo de extensão de cobertura dos serviços, de modo que venham, paulatinamente, a se tornar acessíveis a toda a população. Para isso, é preciso eliminar barreiras jurídicas, econômicas, culturais e sociais que se interpõem entre a população e os serviços.

E esse é o sentido da igualdade material, fundado na equidade e na solidariedade, sendo, esse último, a base de todos os direitos sociais constitucionalmente reconhecidos.

A saúde faz parte, nos termos da Constituição Federal Brasileira de 1988, da seguridade social, que é, conforme art. 194 da Carta Magna, “*um conjunto integrado de ações e iniciativas dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”.

Dentre elas, apenas as relativas à saúde e à assistência social serão universais e gratuitas, enquanto as relativas à previdência somente serão fornecidas mediante contribuição. Inclusive, o financiamento das ações relativas à saúde deve se dar de acordo com o art. 195, com a observância, ainda, do art. 198, §§ 1º, 2º e 3º, da CF/88.²⁹

²⁶ AITH, op. cit., p. 183.

²⁷ Art. 7º [..]

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

²⁸ TEIXEIRA, Carmen. *Os princípios do Sistema Único de Saúde*. Texto de apoio elaborado para subsidiar o debate nas Conferências Municipal e Estadual de Saúde. Salvador, Bahia. Junho de 2011. p. 03.

²⁹ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições:

[..]

Esse princípio também encontra previsão no art. 7º, I, da Lei nº 8.080/90: “*universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência*”. Portanto, para se atingir a universalidade, deve-se romper as barreiras, principalmente, econômicas, de forma que as ações e os serviços públicos de saúde devem ser gratuitos, buscando-se garantir a todos, sobretudo aos pobres, uma vida digna.

Outra nuance do princípio da equidade é a integralidade do atendimento, ou seja, o Estado deve garantir aos cidadãos o acesso a todos os tratamentos necessários para todos os tipos de doenças e em todos os níveis de evolução.³⁰

Além do art. 198, II, da CF/88, tal princípio também encontra guarida na Lei nº 8.080/90: “*integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.*” (art. 7º, II)

Mais uma vez, vale transcrever as considerações de Carmen Teixeira³¹:

A noção de *integralidade* diz respeito ao leque de ações possíveis para a promoção da saúde, prevenção de riscos e agravos e assistência a doentes, implicando a sistematização do conjunto de práticas que vem sendo desenvolvidas para o enfrentamento dos problemas e o atendimento das necessidades de saúde. A integralidade é (ou não), um atributo do modelo de atenção, entendendo-se que um “modelo de atenção integral

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:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

³⁰ AITH, op. cit., p. 223.

³¹ TEIXEIRA, op. cit., p. 06.

à saúde” contempla o conjunto de ações de promoção da saúde, prevenção de riscos e agravos, assistência e recuperação. Um modelo “integral”, portanto, é aquele que dispõe de estabelecimentos, unidades de prestação de serviços, pessoal capacitado, e recursos necessários, à produção de ações de saúde que vão desde as ações inespecíficas de promoção da saúde em grupos populacionais definidos, às ações específicas de vigilância ambiental, sanitária e epidemiológica dirigidas ao controle de riscos e danos, até ações de assistência e recuperação de indivíduos enfermos, sejam ações para detecção precoce de doenças, sejam ações de diagnóstico, tratamento e reabilitação.

Portanto, caberá ao Poder Público realizar um planejamento estatal eficaz a fim de garantir a integralidade de atendimento. Porém, como se sabe, nem sempre isso será possível, seja pela escassez dos recursos postos à disposição do Estado, seja pela própria impossibilidade material do pedido, o que leva à crescente judicialização da saúde.

Sobre o assunto, já se manifestou Wilson Maingué Neto³²:

O princípio da integralidade será longamente discutido neste trabalho, mas por hora é importante frisar que as lacunas de atendimento são perfeitamente compreensíveis, justamente porque é impossível dispor de qualquer tratamento prontamente para quem o demande em qualquer parte do território nacional com a qualidade esperada. E isto mesmo que houvesse recursos financeiros para tanto, pois demandaria uma complexa logística de difícil administração e gestores de capacidade sobre-humana.

A jurista ainda cita os chamados “princípios organizativos”, que foram incorporados à nossa legislação como “diretrizes estratégicas” para a organização do SUS, são eles, a descentralização da gestão dos recursos, a regionalização e hierarquização das unidades de produção de serviços e a integração das ações promocionais, preventivas e curativas. Alguns deles serão abordados mais adiante, quando tratarmos da distribuição de competências do SUS entre os diversos entes federativos.

Por fim, o professor Fernando Aith ainda elenca os nominados “princípios decorrentes”, tais como, o princípio da segurança sanitária, da informação, do consentimento e da democracia sanitária.³³

Dentre eles, vale citar o princípio da democracia sanitária ou da participação da comunidade na construção do Direito Sanitário (art. 7º, VIII, da Lei nº 8.080/90), o qual se concretiza por meio dos canais de que

³² MAINGUÉ NETO, Wilson. *O mandado de segurança e o direito à assistência à saúde*. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica e Editora, 2011. p. 31.

³³ AITH, op. cit.p. 229.

a sociedade dispõe para participar diretamente na gestão e elaboração das normas que regem o sistema. Merecem destaque, portanto, no âmbito do Poder Executivo, as Conferências Nacional, Estadual e Municipal de Saúde, os Conselhos de Saúde, as audiências públicas, as Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite, as Câmaras Técnicas, dentre outros. Tal direito também deve ser garantido no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário (uma dos exemplos mais atuais foi a audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal, que resultou na STA nº 175, da qual trataremos mais adiante) e, ainda, do Ministério Público.

1.3 Fontes do Direito Sanitário

Em primeiro lugar, cabe diferenciar a legislação específica de Direito Sanitário daquela que seria geral, porém com dispositivos de proteção do direito à saúde. E isso ocorre, inclusive, no âmbito do Direito Internacional.

No campo do direito internacional, vale destacar, como fontes não específicas do Direito Sanitário, segundo o professor Fernando Aith³⁴: A Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966, a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Como legislação internacional específica do Direito Sanitário, merecem destaque, com base nas lições do professor Fernando Aith³⁵, a Constituição da Organização Mundial de Saúde e a Organização Panamericana de Saúde – OPAS.

Assim como a legislação internacional, também a brasileira contém normas específicas e não específicas de proteção do direito à saúde. Nesse ponto, vamos tratar apenas das específicas, desde a Constituição Federal até os atos normativos infralegais que disciplinam o Direito Sanitário.

A Constituição Federal, como afirmado pelo professor Fernando Aith, é uma fonte híbrida do Direito Sanitário, pois possui, ao mesmo tempo, normas específicas e não específicas. Ela também é a principal fonte direta e específica do Direito Sanitário.

O primeiro dispositivo constitucional que merece destaque é o art. 6º, que prevê ser a saúde um direito social, a ser protegido pelo Estado e pela sociedade. Por outro lado, os arts. 23, II, e 24, XII, também constituem importantes fontes diretas específicas do Direito Sanitário, pois estabelecem as competências dos entes federativos no que diz respeito à proteção e defesa da saúde.

Por fim, há os dispositivos constitucionais que tratam da Seguridade Social (arts. 194 e 195), e as normas que tratam especificamente da saúde

³⁴ AITH, op. cit. p.267.

³⁵ Ibidem, p. 277-278.

e se configuram como a base jurídico-constitucional de todo o Direito Sanitário (arts. 196 a 200).

No âmbito infraconstitucional, existem diversas fontes do Direito Sanitário, dentre as quais merecem destaque as Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.142, de 8 de dezembro de 1990, as quais compõem a chamada *Lei Orgânica da Saúde*. Elas são, no plano infraconstitucional, as fontes diretas específicas mais importantes do Direito Sanitário. As referidas normas dispõem sobre os princípios básicos que regem as ações e os serviços públicos de saúde (art. 198, *caput*, e incisos I a III), sobre os deveres do Poder Público (arts. 196 e 197), sobre a organização do Sistema Único de Saúde e a definição de suas competências (art. 200), além da fixação dos patamares mínimos de financiamento das ações e serviços públicos de saúde (at. 198, §§ 1º a 3º), além dos critérios de participação da iniciativa privada na assistência à saúde (art. 199).

De acordo com essas leis, que, não obstante tenham sido editadas no âmbito federal, possuem caráter geral, aplicando-se, portanto, também nos níveis estadual, municipal e distrital, o Sistema Único de Saúde é definido como “*o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público*”.³⁶

Também merece ser citada a Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos e correlatos.

Essa lei se enquadra dentre as chamadas por Alcinda Maria Machado Godoi³⁷ de regulatórias, que são as que tratam de estabelecer regras de funcionamento dos serviços de saúde, bem como para atividades, produtos ou setores que causam impacto sobre a saúde.

Tal regulação decorre do poder de polícia administrativa que, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸, pode ser definida como:

a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstêncio (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

³⁶ Art. 4º da Lei nº 8.080/90.

³⁷ GODOI, Alcinda Maria Machado. *A eficácia do Poder Executivo e do Poder Legislativo na elaboração da legislação federal em saúde de 1988 a 2008*. Estudos de Direito Santário: a produção normativa em Saúde/organizadores, Luiz Carlos Romero e Maria Célia Delduque. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011. p. 48.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 853.

Além de regular o comércio farmacêutico, de medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, a referida lei ainda estabelece medidas específicas no que se refere às farmácias homeopáticas, à assistência e responsabilidade técnicas, ao licenciamento dos estabelecimentos de dispensação de medicamentos, sobre o controle das receitas médicas que prescrevem drogas e medicamentos de comércio restrito.

Temos ainda a lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos. Essa lei é uma das mais importantes que regulam o Direito Sanitário no Brasil. Na atualidade, ela vem sendo complementada de forma bastante detalhada por meio da regulamentação oriunda da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Nessa mesma linha, vale destacar a Lei nº 6.437, de 10 de agosto de 1977, que define um rol de infrações sanitárias que devem ser punidas de acordo com as suas disposições. A lei em questão prevê diversas sanções a serem aplicadas, estando, no entanto, a sua aplicação subordinada aos procedimentos administrativos estabelecidos nos seus arts. 12 e seguintes. Trata-se de importante fonte relativa ao exercício do poder de polícia sanitária.

Por fim, merecem ser citadas as Leis nºs 9.782, de 26 de janeiro de 1999 e a 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que criaram duas agências reguladoras no âmbito da saúde, que, por possuírem um poder de regulação enorme, constituem fontes de produção normativa de Direito Sanitário essenciais para o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS).

Além das normas legais, cabe frisar que há, no Direito Sanitário, inúmeras normas infralegais, que também se configuram como suas fontes diretas. É o caso dos Decretos do Presidente da República, das Resoluções editadas pelas Agências de Vigilância Sanitária (ANVISA) e de Saúde Suplementar (ANS), atos normativos do Ministro da Saúde, dos Secretários de Saúde do Ministério da Saúde, dos Secretários de Saúde estaduais e municipais, além de Portarias que estipulam normas jurídicas específicas do Direito Sanitário.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SUAS REPERCUSSÕES NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E NA DEFESA DOS ENTES PÚBLICOS EM JUÍZO

2.1 Distribuição das competências entre os entes federados na área da saúde

A repartição de competências entre os entes federados está prevista nos arts. 21 e seguintes da Constituição Federal de 1988. Nessa linha, o nosso sistema constitucional, segundo Raul Machado Horta³⁹, explicita

³⁹ HORTA. Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

dois modelos básicos. O primeiro deles é o clássico, inspirado no sistema norte-americano, que prevê as chamadas competências enumeradas e residuais, atribuindo-se à União o rol de competências constitucionais fixas, relegando-se aos Estados, as residuais.

Há também o modelo moderno, concebido pelo constitucionalismo social pós-guerra, representado pelas Constituições da Áustria (1920) e da Alemanha (1949). O modelo austríaco estabeleceu a competência da União para legislar sobre determinadas matérias, atribuindo aos Estados a execução das mesmas. Já o modelo alemão, por sua vez, concebido pelo doutrinador como a “*forma mais evoluída de repartição de competências do moderno Estado Federal*”⁴⁰, consistia em se atribuir competências legislativas concorrentes entre os entes federados, atribuindo-se uma competência legislativa geral para a União e, simultaneamente, uma complementar por parte dos Estados.

E a Constituição Federal Brasileira de 1988 contempla ambos os modelos. O art. 21 da Carta Magna dispõe sobre as competências materiais da União, abrangendo temas decorrentes do exercício da soberania do país, ou que, por motivo de segurança ou de eficiência, devem ser objeto de atenção do governo central.⁴¹ E esse rol não se esgota aí, havendo outras competências previstas mais adiante, no art. 177 da CF/88.

Em seguida (art. 22 da CF/88), há uma lista, não exaustiva, de competências legislativas privativas da União. Dentre elas, está a seguridade social (inciso XXIII), na qual está inserida a saúde. No entanto, mais adiante, em seu art. 24, a Constituição Federal Brasileira prevê a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, para legislar sobre previdência social, proteção e defesa da saúde (XII).

Nesse sentido, conforme disposto nos parágrafos do referido dispositivo constitucional, a competência da União limitar-se-á ao estabelecimento de normas gerais (§ 1º); não excluindo, no entanto, tal fato, a competência suplementar dos Estados (§ 2º). Por outro lado, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados passarão a exercer competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades (§ 3º); por fim, sobrevindo lei federal sobre o assunto, a eficácia da lei estadual restará suspensa, no que lhe for contrário (§ 4º).

Muito embora os Municípios não sejam citados expressamente no art. 24, o entendimento que prevalece é o de que eles possuem competência administrativa sobre muitas das matérias ali indicadas, por força do art. 23. No entanto, devem ser respeitadas as balizas previstas no art. 30 da CF/88.⁴²

⁴⁰ HORTA, op. cit., p. 353-354.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008. p. 817-818.

⁴² MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A Administração Pública e a Constituição*. 2008. Texto base da disciplina Direito Administrativo do eixo comum do Curso de Especialização em Direito Público, Centro de Educação à Distância da Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, Brasília, 2008. p. 20-21.

E o Sistema Único de Saúde foi organizado no sentido de integrar as ações e os serviços de saúde da União, dos Estados e dos Municípios, de forma que a produção normativa do Direito Sanitário envolve todos os entes federativos do Brasil, cabendo a cada qual um papel específico.

De acordo com o disposto no artigo 198 da Constituição Federal:

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:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

Segundo Carmen Teixeira⁴³, a citada descentralização do sistema implica na transferência de poder de decisão sobre a política de saúde do Ministério da Saúde (nível federal) para nas Secretarias estaduais e municipais de saúde (níveis estaduais e municipais). Isso ocorre a partir da redefinição das funções e responsabilidades de cada ente federado, a fim de possibilitar a condução político-administrativa do sistema dentro do seu território respectivo e de acordo com as suas peculiaridades. Até porque seria impossível à União, por exemplo, atender a todas as demandas dos diversos estados e municípios que compõem a estrutura da República Federativa do Brasil sem levar em conta as suas especificidades.

Por tal motivo, é que deve haver uma regionalização dos serviços, ou seja, a delimitação de uma base territorial para o sistema de saúde, levando-se em consideração a divisão político-administrativa do país. Quanto à hierarquização dos serviços, tem-se que a expressão se refere à possibilidade de organização das unidades segundo o grau de complexidade tecnológica dos serviços, ou seja, a responsabilidade se estabelece a partir da menor ou maior complexidade do procedimento a ser adotado.

Por fim, a integração envolve duas dimensões: uma vertical, proporcionada pelo estabelecimento da hierarquização dos serviços, permitindo-se, como já foi dito, a promoção de ações de distinta complexidade (primária, secundária e terciária), levando-se em conta a natureza do problema a ser enfrentado; e outra horizontal, que possibilita a articulação, quando do enfrentamento do problema, de ações de natureza diversa (promoção, prevenção e recuperação).

Nesse sentido, vale transcrever, em parte, os arts. 7º e 9º da Lei nº 8.080, de 1990:

⁴³ TEIXEIRA, Carmen. *Os princípios do Sistema Único de Saúde*. Texto de apoio elaborado para subsidiar o debate nas Conferências Municipal e Estadual de Saúde. Salvador, Bahia. Junho de 2011. p.6-7.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

[...]

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

[...]

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

[...]

Art. 9º - A direção do Sistema Único de Saúde – SUS é única, de acordo com o inciso I, do artigo 198, da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I – no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II – no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente;

III – no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

[...]

O SUS, portanto, não criou uma solidariedade irrestrita entre os entes públicos. Isso porque, muito embora a cláusula geral inserta no artigo 196 da CF não tenha estabelecido uma discriminação explícita das competências dos entes federativos, a interpretação sistemática efetuada de acordo com os demais princípios constitucionais que regem o sistema assim instituído, sobretudo eficiência e subsidiariedade (CF, art. 37, caput c/c art. 198, I), autorizam a edição de legislação reguladora e complementar ao texto constitucional, que distinga e obrigue cada ente federativo à realização de determinadas tarefas no âmbito do SUS.

Com efeito, o SUS é orientado por princípios que apontam para a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo (art. 7, IX, a, da Lei nº 8.080/1990). Assim, conforme a já citada norma infraconstitucional, há previsão de atribuições comuns da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (art. 15); bem como competências específicas de cada ente (artigos 16, 17, 18 e 19)⁴⁴.

⁴⁴ Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

[...]

Assim, analisando-se a legislação supracitada, verifica-se que, muito embora todos os entes da Federação possuam competências no âmbito da saúde pública, isso não significa dizer que todos têm simultaneamente as mesmas atribuições, até porque o próprio sistema, ante a adoção de uma política de descentralização e pela sua própria natureza, implica necessariamente numa distribuição de competências.

Desta feita, vale ressaltar que o artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.080/90, ao estabelecer a descentralização político-administrativa como um princípio do SUS, induz reconhecer a vigência do princípio da subsidiariedade, afastando-se, portanto, a pretensa solidariedade entre os entes públicos.

Ante o exposto, tem-se que o SUS, concebido como sistema de competências e ações descentralizadas, reconhecendo-se à União tão-somente a obrigação de transferir recursos, bem como planejar as políticas nacionais; enquanto que os Estados e Municípios possuem gestão plena do sistema, atribuindo-se-lhes a execução direta das medidas relacionadas à prestação do serviço público de saúde.

Por derradeiro, ao se admitir, na via judicial, que o SUS não está organizado de forma hierarquizada e descentralizada, atribuindo-se igualmente a todos os entes federados idênticas obrigações e responsabilidades, restará desmontado todo o sistema, à revelia do sistema normativo vigente. Ademais, tal conduta poderá consistir em um verdadeiro desperdício de dinheiro público, ante a determinação do cumprimento simultâneo da obrigação por todos os entes que constituem o sistema.

Não obstante isso, o próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da STA nº 175, considerou que:

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o

XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

[...]

XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;

XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal;

[...]

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

[...]

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

[...]

Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.

objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

Por fim, arremata que:

O princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação, garantindo, inclusive, a ‘igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie’ (art. 7º, IV, da Lei nº 8.080/90).

Por outro lado, não obstante haja entendimento praticamente consolidado dos Tribunais Superiores e do próprio STF no sentido da responsabilidade solidária dos entes federados no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos, existem dois recursos especiais (Resp nºs 1.203.244/SC e 1.396.300/SC), submetidos ao regime do recurso repetitivo, previsto no art. 543-C do CPC, em que se discute a obrigatoriedade do chamamento ao processo da União, no estritos termos do art. 77, III, também do CPC.

Em ambos os casos, o argumento do TRF – 4ª Região foi no sentido de que, não obstante a reconhecida responsabilidade solidária, não existe a obrigatoriedade do chamamento ao processo da União, haja vista não se tratar de litisconsórcio necessário.

No entanto, tal entendimento se mostra, no mínimo, contraditório, vez que a possibilidade do chamamento ao processo de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum, está expressamente prevista no art. 77, III, do CPC, configurando-se como uma faculdade do credor, que pode escolher entre chamar todos ou apenas um ou alguns deles.

Por derradeiro, tem-se que a referida discussão ainda não restou totalmente exaurida no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, haja vista que tal debate ainda se encontra pendente de apreciação no RE nº 566.471, no qual foi reconhecida repercussão geral e do qual trataremos mais adiante.

2.2 Princípio da reserva do possível e os gastos com a saúde

Antes de adentrar na seara do chamado princípio da reserva do possível, cumpre tratar do designado “mínimo existencial”, o qual deve ser analisado sob a égide do elo existente entre os denominados direitos sociais, vida e dignidade da pessoa humana, haja vista estar relacionado com as necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo.⁴⁵

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4. Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. p. 06.

A noção de direito fundamental às condições materiais capazes de assegurar uma vida digna teve sua primeira elaboração dogmática, além de um tímido reconhecimento jurisprudencial na Alemanha, apesar de, conforme já afirmado, não existir previsão constitucional acerca dos direitos sociais típicos (de cunho prestacional) na Lei Fundamental alemã de 1949. Não obstante esse fato, a discussão em torno da garantia de um mínimo indispensável para uma existência digna ganhou relevo em trabalhos científicos elaborados durante o processo constituinte, bem como no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial.⁴⁶

Nesse contexto, a doutrina do pós-guerra, representada pelo publicista Otto Bachof, começou a sustentar a tese da existência de um direito subjetivo à garantia de recursos mínimos para uma existência digna, de forma que, a partir do início da década de 1950:

considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF), não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.⁴⁷

A partir daí, a doutrina constitucional alemã passou a considerar que a dignidade não é um bem passível de quantificação, bem como varia de acordo com o tempo e espaço. Ademais, as condições mínimas de existência podem variar de acordo não só com a esfera econômica e financeira, mas também no que diz respeito às expectativas e necessidades do momento.⁴⁸

Além disso, a existência digna não pode ser limitada à garantia de uma mera sobrevivência física, ela é muito mais que isso. Segundo a doutrina alemã, o mínimo existencial se desdobra em um chamado mínimo fisiológico, que corresponde às condições materiais mínimas para uma existência digna, constituindo-se como o conteúdo essencial dessa garantia, e um denominado mínimo existencial sociocultural, que vai além da proteção básica, buscando garantir ao indivíduo uma mínima inserção na vida social.⁴⁹

⁴⁶ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit. p. 06-07.

⁴⁷ Ibidem, p. 07.

⁴⁸ Ibidem, p. 08.

⁴⁹ Ibidem, 10.

Assim, muito embora não haja previsão expressa do mínimo existencial na Constituição Federal da 1988, como já afirmado anteriormente, a garantia de uma existência digna restou consagrada entre os princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, *caput*, CF/88). Por outro lado, os próprios direitos sociais específicos, previstos na Carta Magna brasileira, não obstante não possam ser considerados como meras concretizações da referida garantia, abrangem algumas das nuances do mínimo existencial, o qual deve ser analisado de forma autônoma, servindo ainda de norte para a interpretação dos demais direitos sociais previstos na CF/88.⁵⁰

Ademais, para o professor Ingo Sarlet, muito embora, para alguns autores, o conteúdo da dignidade da pessoa humana acabe por se identificar com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, tal entendimento não deve prevalecer, ante o fato de que nem todos os direitos fundamentais (ao menos na CF/88) apresentam um conteúdo relacionado à dignidade; entretanto, todos possuem um núcleo essencial, ao menos no que tange à proibição de abolição efetiva ou potencial pelo poder reformador (art. 60, §4º, IV, da CF/88) e/ou de uma vedação de restrições que afetem os aspectos nucleares do direito fundamental em discussão.⁵¹

Por outro lado, o mínimo existencial passou a ser visto, não apenas na Alemanha, mas também em outros tribunais, especialmente na Europa, como um direito negativo mas também como um direito a prestações positivas que garantam uma existência condigna, ou seja, ele não se configura apenas como algo que o Estado não pode retirar do indivíduo, mas também como algo que o Estado deve efetivamente assegurar, mediante prestações positivas e materiais.⁵²

Ademais, a doutrina e jurisprudência alemãs entendem que tais prestações podem realizadas das mais diversas maneiras, cabendo ao legislador estabelecer as premissas para o cumprimento dessas obrigações, tais como, a forma da prestação, o seu montante, as condições de sua realização, etc., de modo que o Poder Judiciário somente poderia decidir acerca do padrão mínimo existencial nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos do Poder Legislativo.⁵³

Por outro lado, cabe falar acerca da chamada “reserva do possível” que, assim como o mínimo existencial, originou-se na Alemanha, tendo o professor Fernando Borges Mânic⁵⁴ feito um instrutivo relato sobre

⁵⁰ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., 11.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. revista e atualizada, 2. tir. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2012. p. 162-163.

⁵² SARLET; FIGUEIREDO, op. cit.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: Direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007. p. 181.

a sua origem, que se deu em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional alemão, em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE nº 33, S. 333).

Na ocasião, o Tribunal alemão analisou questão judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em razão da política de limitação de vagas adotada pela Alemanha no ano de 1960. Tal pretensão restou fundamentada no art. 12 da Lei Fundamental, que prevê que “*todos os alemães têm o direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação*”. Ao decidir, o Tribunal posicionou-se no sentido de que o pleito em questão, ou seja, o aumento do número de vagas na universidade, está sujeito à reserva do possível, sendo esta entendida como aquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Ou seja, a referida tese defende nada mais do que a razoabilidade da pretensão.

Mais adiante o referido autor critica a forma como a referida teoria vem sendo interpretada no Brasil:

a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação dos direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa.⁵⁵

No entanto, para Ingo Sarlet⁵⁶, a chamada “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) configura-se como a real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado como condicionante da efetivação dos direitos sociais a prestações materiais, disponibilidade esta que dependeria das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Segundo referido autor, o reserva do possível possui uma dimensão tríplice, estabelecida da seguinte forma:

- a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade

⁵⁵ MÂNICA, op. cit., p. 182.

⁵⁶ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit.

da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Para Ingo Sarlet, todo e qualquer direito fundamental implica em um “custo” para o Estado, ainda que sejam aqueles considerados como de defesa, haja vista que, para sua proteção e efetivação de uma forma geral, o poder público terá que adotar uma série de medidas positivas e que sempre abrangem a alocação de recursos materiais e humanos.

No entanto, no que diz respeito aos direitos sociais a prestações, o seu “custo” assume especial relevo, tendo em vista que a sua eficácia e efetivação implicará sempre na alocação de algum recurso, dependendo, portanto, da conjuntura econômica, motivo pelo qual existe a equivocada ideia de que o órgão jurisdicional poderá, nesses casos, impor as suas decisões para a satisfação das prestações reclamadas.⁵⁷

Assim sendo, não há como tal discussão passar ao largo do debate acerca da alocação de recursos, o que, tendo em vista que a própria Constituição não pormenoriza tal escolha, a mesma fica a critério dos órgãos políticos – especialmente do legislador – os quais precissam, ante a diminuta quantidade de recursos disponíveis, tomar decisões cada vez mais cautelosas e responsáveis, buscando o necessário aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público.

Da mesma forma, também aos órgãos jurisdicionais, que devem zelar pela efetividade dos direitos fundamentais sociais, cabe laborar com a máxima cautela e responsabilidade possíveis, sob pena de violar não apenas o princípio democrático, mas também a reverenciada separação dos poderes.

Nesse mesmo sentido, vale transcrever as colocações de Denise C. Cyrillo e Antônio Carlos C. Campino⁵⁸ sobre o assunto:

Talvez seja interessante realizar uma análise a longo prazo considerando as tendências dos gastos públicos e privados com saúde visando contribuir para o debate da judicialização da saúde ante o fato inexorável de que os recursos são escassos e as necessidades, ilimitadas, de modo que a otimização envolve considerar uma alocação eficiente dos recursos.

Nesse mesmo sentido, o parágrafo 1º do artigo 198 já consagra a obrigação dos Poderes em orçar, sobre as balizas de receitas e despesas, os recursos que serão vertidos para custeio da saúde. Restando, pois, ao

⁵⁷ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit.

⁵⁸ CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antônio Carlos C. *Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde*. Direito à Vida e à Saúde. Impactos Orçamentário e Judicial. Ana Carla Bliacheriene, José Sebastião dos Santos, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010. p. 27.

fundamento constitucional que rege o orçamento público dimensionar (limitando), os gastos públicos:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

- I - o plano plurianual;
- II - as diretrizes orçamentárias;
- III - os orçamentos anuais. [...]
[...]

§ 5º - *A lei orçamentária anual compreenderá:*

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

Não somente isso, mas a própria Constituição Federal já prevê algumas vedações no que se refere aos gastos públicos não previstos em orçamento, conforme as disposições do artigo 167, da CRFB, assim:

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de

receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

Na espécie, a concessão de medicamentos e tratamentos médicos, por meio de liminares, ou mesmo em sede definitiva de processos judiciais, conduz a uma situação bastante complicada, principalmente no que diz respeito às funções estatais; ademais, implica ainda na insatisfação das demais pessoas que estão à margem de uma decisão judicial com efeito somente para aquele que ingressou em juízo.

E não se trata de escolhas fáceis. Muito pelo contrário, elas reclamam criteriosos e profundos estudos para a elaboração das listas de medicamentos, nas quais se aferem as necessidades mais generalizadas possíveis. Assim sendo, tem-se que não se trata de escolhas casuísticas, sob pena de se violar a isonomia, a imparcialidade, haja vista que somente se pode operacionalizar aquilo que é possível realizar para todos em grau de igualdade.

E o Ministério da Saúde elaborou um estudo recente acerca da intervenção judicial em saúde⁵⁹, buscando dimensionar, ainda que precariamente, o impacto da questão em âmbito nacional.

Em primeiro lugar, frise-se que o cumprimento da decisão judicial pela União pode se dar de três formas diferentes: i) o próprio Ministério adquire diretamente o medicamento requerido; ii) o Ministério deposita em juízo o valor do medicamento, a fim de que o mesmo seja adquirido pelo próprio paciente; iii) a União ressarcir o estado e/ou município responsável pelo atendimento do demandante.

Nesse ponto, mostra-se fundamental a comunicação entre os entes, a fim de que se identifique o cumprimento por qualquer deles da obrigação de fornecer o medicamento, a fim de se evitar a duplicidade do cumprimento e, por consequência, o desperdício de verbas públicas.

E os gastos com a saúde só aumentam, ante o crescimento numérico das ações, seja pelo êxito quase certo das mesmas, seja pela interiorização da Justiça Federal ou pela continuidade no fornecimento de determinados medicamentos, o que gera um crescente acúmulo de demandas. Ademais, os gastos com o próprio sistema têm se mostrado reduzidos, em face dos gastos com as demandas judiciais, haja vista a frequente ameaça na aplicação de multa ou até mesmo prisão dos gestores envolvidos, o que impõe claro prejuízo às políticas públicas previamente estabelecidas.

Segundo o referido estudo, no ano de 2005, o Ministério da Saúde gastou R\$ 2.441.041,95 (dois milhões, quatrocentos e quarenta e um mil, quarenta e um reais e noventa e cinco centavos) com as ações judiciais na área da saúde. Já no ano de 2012, o patamar de gastos com a saúde

⁵⁹ BRASIL, Ministério da Saúde/Consultoria Jurídica. *Panorama da Judicialização 2012*. Brasília, maio de 2013.

alcançou a soma de R\$ 287.884.968,16 (duzentos e oitenta e sete milhões, oitocentos e oitenta e quatro mil, novencentos e sessenta e oito reais e dezesseis centavos). Vale ressaltar que o referido montante foi gasto apenas com a aquisição dos medicamentos pleiteados em juízo, não estando contabilizados os valores relativos às despesas com o procedimento de compra e entrega do medicamento (tais como publicação em Diário Oficial, pagamento de transportadora para entrega da medicação em domicílio, pagamento de seguro para o transporte do medicamento e, quando for o caso, custos com a importação).

Por outro lado, Virgílio Afonso da Silva⁶⁰, em trabalho que busca traçar o perfil dos demandantes nas ações de saúde, demonstrou que a maior parte dos autores desse tipo de demanda não são pobres, o que leva a crer que, quando os recursos deixam de ser empregados no próprio sistema para atender às demandas judiciais, eles deixam também de servir àqueles que deles mais necessitam, os quais são os verdadeiros usuários do sistema. Vejamos:

Nosso objetivo era bastante descritivo e limitado a testar uma das muitas crenças difundidas nesta área empiricamente, ou seja, aquele que afirma que os tribunais são uma voz institucional alternativa para os pobres, que são marginalizados do processo político. Pelo que pude ver, pelo menos em nosso estudo de caso, essa crença não é verdadeira.⁶¹

Isso porque o referido autor, ao analisar as demandas em saúde existentes no estado de São Paulo, constatou que os seus autores, na grande maioria dos casos, não se qualificavam como pobres, ou seja, aqueles marginalizados não apenas do processo político mas também do acesso ao Poder Judiciário.

Assim, percebeu que a busca judicial por tratamentos e/ou medicamentos não enseja igualdade material entre pobres e ricos, muito pelo contrário, haja vista que as suas decisões beneficiam muito mais aqueles que precisam de menos ajuda, pois normalmente possuem condições financeiras de arcar com os tratamentos e/ou medicamentos pleiteados, além do que, repita-se, não permite que o próprio sistema alcance o seu real desiderato, que é prover os mais necessitados dos meios para a garantia de sua saúde física e mental.

Tal teoria restou comprovada a partir do momento em que o referido autor verificou que a maior parte das prescrições médicas

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded*. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1133620>.

⁶¹ “Our goal was rather descriptive and limited to testing one of the many widespread beliefs in this area empirically, namely the one that claims that courts are an alternative institutional voice for the poor, who are marginalized from the political process. As far as we could see, at least in our case study, this belief is not true”.

provinham de hospitais e/ou consultórios particulares, bem como que os demandantes se encontravam assistidos por advogados também privados. Além do que, os tratamentos mais complexos e custosos seriam os mais demandados, até mesmo porque esses tipos são caros para a população como um todo, e não apenas para os mais necessitados, a exemplo dos medicamentos oncológicos.

Derradeiramente, sensível à questão alusiva à imposição do fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do RE nº 566471, reconheceu a existência da repercussão geral:

SAÚDE – ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

Em seu voto, o Ministro Relator consignou:

Este tema tem-se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites orçamentários, ante a necessidade de muitos considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença. Aponta-se a transgressão dos artigos, 2º, 5º, 6º, 196 e 198, § 1º e § 2º, da Carta Federal. Impõem-se o pronunciamento do Supremo, revelando-se o alcance do texto constitucional.

Verifica-se, portanto, que a questão relativa à reserva do possível e às difíceis, porém, necessárias, decisões adotadas pelo gestor público não se trata de meros argumentos obstáculos às demandas em saúde. Antes disso, trata-se de questão real e palpável que afeta diretamente toda a coletividade que necessita dos recursos públicos destinados saúde.

E, no caso de se tratar de medicamento de alto custo, a questão ganha ainda maior relevo, por ter implicação direta na seara orçamentária. Com efeito, não obstante o direito à saúde se encontrar no rol dos direitos sociais, previsto nos arts. 6º e 7º da Constituição Federal, o seu alcance efetivo está à mercê das regras orçamentárias previstas nos arts. 196 a 198, 165 e 167, todos de mesmo diploma constitucional.

E a definição das prioridades orçamentárias, à exceção dos condicionamentos previstos na própria Carta Magna, compete ao

Poder Executivo, não podendo o Judiciário interferir nas escolhas do administrador, sob pena de afronta expressa ao art. 2º do Texto Maior.

2.3 Direito à saúde baseado em evidências: Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas

Em primeiro lugar, vale destacar, como fez o Supremo Tribunal Federal na STA nº 175, que o Sistema Único de Saúde (SUS) se filiou à corrente da chamada “Medicina com base em evidências”. Assim, foram adotados os denominados “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de orientações que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, a prescrição de um medicamento ou tratamento em desconformidade com o respectivo *protocolo* deve ser visto com bastante cautela, pois pode contrariar um consenso científico vigente.

Nos meses de abril e maio de 2009, foi realizada Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal, a fim de discutir várias questões relacionadas às ações na área da saúde. Com base nas experiências e dados colhidos na referida audiência, a citada Corte Constitucional julgou a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, acolhendo o voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual estabeleceu que a concessão de medicamentos por parte do Sistema Único de Saúde deve ser precedida de uma série de cautelas.

Primeiramente, o relator considerou que não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize.

Por outro lado, pugnou pela necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. Ademais, defendeu que:

É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.

Ademais, citando o entendimento da então Ministra Ellen Gracie, o Ministro Gilmar Mendes destacou que “o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo”. Por outro lado, aduziu que:

O princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação, garantindo, inclusive, a igualdade da

assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (art. 7º, IV, da Lei 8.080/90).

Por fim, reforçou a *“necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil”*. Nesse ponto, segundo Excelso Pretório, *“o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte.”*

Assim sendo, há que se entender que, regra geral, devem ser respeitados os exames, procedimentos e medicamentos previstos na política pública de saúde (SUS), sendo que, apenas excepcionalmente, é que se admite a intervenção judicial, para determinar à Administração Pública obrigação diversa daquelas institucionalmente previstas no SUS.

Por outro lado, como já dito anteriormente, a gestão do SUS, que é obrigado a promover o acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, somente é possível mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível.

Isso porque a rede pública não pode ser obrigada a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde, sob pena de se gerar grave lesão à ordem administrativa, o que levaria ao total comprometimento do sistema, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada e que, como já afirmado anteriormente, no mais das vezes, não são a maioria das pessoas que demandam em juízo.

Assim, pode-se concluir que, de uma forma geral, deverá ser observado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. E como se dará a elaboração de tal política de saúde?

Com base nas ponderações dos professores Luiz Roberto Barradas Barata e José Dínio Vaz Mendes⁶², vale traçar um breve histórico acerca da assistência farmacêutica no Brasil, a qual, antes do surgimento do SUS, não era atribuição legal do setor público.

Em 1964, foi elaborada uma lista básica de produtos biológicos e de matérias-primas de uso farmacêutico (Decreto nº 53.612/1964), a fim de orientar as compras federais dos referidos produtos. Já em 1971, foi criada a Central de Medicamentos (CME), com o objetivo de fornecer medicamentos a preços acessíveis àqueles que não tinham condições de arcar com os seus valores de mercado. No ano de 1975, foi homologada a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que já contemplava os mesmos princípios da lista de medicamentos essenciais da OMS, a qual somente foi publicada no ano de 1977. A CME sempre

⁶² BARATA; MENDES, op. cit., p. 61-62.

buscou realizar programas para o atendimento das demandas da rede de saúde pública, no entanto, como o fornecimento sempre foi irregular, com desperdícios e falta de medicamentos, a mesma foi desativada em 1997.

Não obstante isso, o Ministério da Saúde sempre buscou dispensar medicamentos destinados às doenças endêmicas e epidêmicas, tais como, a tuberculose, a hanseníase e a malária, entre outras. No entanto, tal fornecimento obedecia a esquemas terapêuticos padronizados, alguns iniciados ainda na década de 60, o que permitiu o uso racional de medicamentos para o controle dessas doenças específicas.

Por outro lado, para o tratamento das demais doenças, não incluídas no controle da saúde pública, até a criação do SUS, não havia o fornecimento regular dos medicamentos respectivos pelo poder público, ficando os próprios pacientes, na maioria das vezes, obrigados a arcar com o seu custeio.

Hoje, com a criação do SUS, cabe ao Ministério da Saúde definir a Política de Assistência Farmacêutica e definir as regras para o cofinanciamento desses programas, já que tanto a assistência farmacêutica quanto as demais ações e serviços do sistema devem ser garantidos por meio de recursos das três esferas de governo, nos estritos termos do parágrafo único do art. 198 da CF/88.⁶³

Nesse sentido, vale destacar a importância da Política Nacional de Medicamentos, definida na Portaria GM nº 3.916/98, cujo objetivo é que os medicamentos do país sejam seguros, eficazes, baratos e disponíveis à toda a população.

Para tanto, há a exigência de registro prévio do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o que, nas palavras do professor Wilson Maingué Neto⁶⁴, “garantirá o conhecimento acerca de eventual falsificação do mesmo ou se, pelo contrário, foram atendidas as boas práticas farmacêuticas na fabricação e comercialização do mesmo.”

E a proibição legal de industrializar, vender ou consumir substâncias de interesse à saúde sem o prévio registro nos órgãos de controle sanitário existe há mais de 35 (trinta e cinco) anos, com a edição da já citada Lei nº 6.360, de 1976.

Nesse sentido, vale transcrever algumas disposições da referida lei:

Art. 1º Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes

⁶³ BARATA; MENDES, op. cit., p. 63.

⁶⁴ MAINGUÉ NETO, Wilson. *O mandado de segurança e o direito à assistência à saúde*. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica e Editora, 2011.

domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos.

Art. 2º Somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir os produtos de que trata o Art. 1º as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem.

¶.¶

Art. 10. É vedada a importação de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e demais produtos de que trata esta Lei, para fins industriais e comerciais, sem prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde.

Parágrafo único. Compreendem-se nas exigências deste artigo as aquisições ou doações que envolvam pessoas de direito público e privado, cuja quantidade e qualidade possam comprometer a execução de programas nacionais de saúde.

¶.¶

Art. 12. Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

¶.¶

Art. 76. Nenhuma matéria-prima ou nenhum produto semi-elaborado poderá ser empregado na fabricação de medicamento sem que haja sido verificado possuir qualidade aceitável, segundo provas que serão objeto de normas do Ministério da Saúde.

Art. 77. A inspeção da produção de medicamentos terá em vista, prioritariamente, os seguintes aspectos:

I - a fabricação, tendo em conta os fatores intrínsecos e extrínsecos desfavoráveis, inclusive a possibilidade de contaminação das matérias-primas, dos produtos semi-elaborados e do produto acabado;

II - o produto acabado, a fim de verificar o atendimento dos requisitos pertinentes aos responsáveis técnicos pela fabricação e inspeção dos produtos,

aos locais e equipamentos, ao saneamento do meio, às matérias- primas e aos sistemas de inspeção e auto-inspeção e registro de medicamentos.

Ademais, com a promulgação da Constituição de 1988, foi criado o Sistema Único de Saúde, ao qual também foi atribuída a função de controlar a vigilância sanitária (art. 200, I e II, da CF/88). Nesse sentido, foi editada a Lei n. 8.080/90, que previu, em seu art. 6º, incisos I, alínea “a”, e VI, que estão incluídas no campo de atuação do SUS, a execução de ações de vigilância sanitária, bem como o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde.

Assim, com a finalidade de melhorar o sistema de vigilância sanitária nacional, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por meio da Lei nº 9.782, de 1999, sob a forma de autarquia sob regime especial e vinculada ao Ministério da Saúde. E dentre os produtos e serviços submetidos ao controle sanitário da ANVISA, encontram-se os medicamentos, nos termos do art. 8º, parágrafo 1º, I, da Lei nº 8.080/90.

Ademais, uma das diretrizes dessa política é a adoção da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que considera essenciais aqueles medicamentos básicos e indispensáveis para atender à maioria dos agravos de saúde da população, os quais devem ter relevância em saúde pública, atingindo parte expressiva da população e configurando-se como prioritárias em relação a outros agravos.

A referida lista, no entanto, deve ser construída por uma equipe multidisciplinar, com competência científica e isenta de quaisquer conflito de interesses. Nesse ponto, a Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação de Medicamentos Essenciais (COMARE) restou constituída pela Portaria GM nº 1.254/05, sendo composta por 24 membros, pertencentes a 8 universidades, a 4 sociedades de classe e científicas e às três instâncias gestoras do SUS (União, Estados e municípios).

Para a inclusão de um novo medicamento na lista, faz-se necessário compará-lo com outros com finalidades semelhantes quanto a sua eficácia e custo, levando-se em consideração, ainda, a medicina baseada em evidências.

Portanto, a seleção dos medicamentos constantes da RENAME deve levar em consideração, necessariamente, as evidências científicas, a fim de garantir a segurança da população no uso dos mesmos.

Outras listas de medicamentos também seguem a mesma lógica, tais como, o Componente Especializado de Assistência Farmacêutica, que busca garantir a integridade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicadas pelo Ministério da Saúde, após serem analisados os medicamentos neles contidos pela Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde (CITEC), criada pela Portaria nº 2.587/08.

Inclusive, tal matéria passou a ser recentemente regulada pela Lei nº 8.080/90, com a inclusão do Capítulo VIII, que trata “Da Assistência Terapêutica e da Incorporação de Tecnologia em Saúde”, pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011.

Com base na referida norma, os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha (art. 19-O, *caput*). Estabeleceu, ainda que, em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o *caput* deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

Por fim, a citada lei previu que o relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente, as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso.

Ao discorrer sobre o assunto, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da STA nº 175, refere-se à necessidade de registro pela ANVISA do medicamento pleiteado, a qual também exerce o papel regulador de preços. Para tanto, o ministro afirmou que:

Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento.

Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trouxer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

Portanto, ao analisar o pedido de fornecimento de medicamento, o Judiciário deverá analisar, ainda, a “*existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS*”. O Tribunal Superior avaliou que o “*Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da Medicina com base em evidências*”, concluindo que a política pública deverá privilegiar o tratamento do SUS “*sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente*”.

Por outro lado, a partir das ponderações do Ministro Gilmar Mendes, as quais foram formuladas com base nos depoimentos prestados na audiência pública, restou clara a vedação à Administração Pública em fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA, tudo com espeque nas disposições contidas na Lei nº 6.360/76 (arts. 12, 16 e 18).

Ademais, restou estabelecido no referido voto que tal registro configura-se não apenas como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, mas também como o primeiro requisito a ser analisado pelo SUS para que possa ser considerada a sua eventual incorporação ao sistema.

No entanto, a referida regra não poderá ser considerada como absoluta, pois haverá casos, ainda que excepcionais, em que será fundamental a importação de medicamento não previamente registrado na ANVISA. E a lei nº 9.782/99 permite a dispensa de tal registro para os casos em que organismos multilaterais internacionais adquirem medicamentos para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

Por outro lado, o referido voto destacou que deverá sempre ser analisada a motivação do Poder Público para o não fornecimento do medicamento pleiteado, haja vista que há casos em que o não custeio do mesmo pelo SUS se dará em razão da inexistência de evidências científicas para autorizar a sua inclusão ao sistema.

Ademais, ainda com base no referido voto, poderiam ocorrer duas hipóteses:

1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

Em ambas as situações, não haveria, segundo o voto em questão, como ser afastada a intervenção do Poder Judiciário, haja vista que, na primeira hipótese, trata-se de caso excepcional que demanda a tomada de medida diversa da custeada pelo SUS, desde que a pessoa comprove, ante características específicas do seu organismo, que aquele tratamento não seria eficaz no seu caso. Já no segundo caso, deve ser feita a diferenciação entre tratamentos puramente experimentais e aqueles novos e ainda não testados pelo sistema.

Segundo o referido voto:

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.

No que tange aos novos tratamentos, os quais ainda não foram testados para serem eventualmente incorporados ao sistema, o Excelso Pretório frisou que deve ser tomado um cuidado redobrado na apreciação da matéria.

Nesse ponto, pugnou o Ministro pela necessidade de ampla instrução, com o objetivo de que um determinado tratamento venha a ser incorporado ao sistema, o que não seria possível no âmbito dos provimentos liminares em geral, buscando evitar a padronização de petições iniciais, defesas e decisões judiciais. Vejamos:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública - Saúde.

Portanto, com base nos argumentos acima explicitados, o STF estabeleceu os parâmetros que devem nortear a apreciação das demandas em que se postula o fornecimento de tratamento/medicamento pelo SUS, as quais, como já afirmado anteriormente, devem ser analisadas de forma casuística, não se podendo ser tais demandas generalizadas, haja vista que, conforme afirmado pela ex-Ministra Ellen Gracie, na maioria dos casos, envolvem circunstâncias fáticas que muitas vezes são únicas.

Assim sendo, é evidente que a Administração, com base no seu poder de polícia, estabeleceu diversas regras a fim de garantir que os medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos a serem comercializados no país, bem como incorporados à lista do SUS, sejam os mais eficazes e seguros possível, com o objetivo de atender aos anseios do interesse público.

Para tanto, os mesmos devem passar por diversas etapas, até que estejam aptos a serem comercializados no país. Com maior razão, devem ser avaliados com maior rigor aqueles medicamentos a serem disponibilizados no âmbito do Sistema Único de Saúde, haja vista estar em jogo, além da sua eficácia, acurácia, efetividade e segurança, o seu custo-benefício, haja vista os recursos limitados existentes no âmbito da saúde pública.

Segundo Wilson Maingué Neto:

Justamente para resolver o conflito eficácia versus acessibilidade é que surge o conceito de medicina baseada em evidências científicas. Este conceito é o núcleo da política nacional de medicamentos, pois sem ele não se pode selecionar medicamentos. *É a motivação desta política.*

Por outro lado, caso haja o desrespeito por parte dos empresários desse ramo das normas vigentes, devem ser aplicadas as correspondentes sanções administrativas, observando-se sempre os princípios da legalidade e do devido processo legal, com os seus corolários contraditório e ampla defesa.

Ademais, deve-se ter em mente que a prescrição médica não é incontestável, devendo o tratamento pleiteado embasar-se, antes de mais nada, em evidências científicas robustas, haja vista que aquelas hauridas da experiência clínica pessoal do médico são consideradas fracas. E, dentre os níveis de evidência existentes, as chamadas revisões sistemáticas encontram-se no topo da pirâmide.

Para chegarmos, no entanto, a uma revisão sistemática de boa qualidade, deve ter sido feito um Estudo Controlado Randomizado, o qual será comparado aos resultados de vários outros estudos, de cujo rigor científico obter-se-á uma forte evidência científica para a correta prescrição médica.

E é essa revisão sistemática que permite a tomada de decisão. A medicina baseada em evidências, portanto, serve para guiar não só o médico no momento da prescrição do tratamento e/ou medicamento, mas também para o gestor público na tomada de decisões sobre padronizações e compras que deva realizar. Deve ser útil, ainda, na tomada de decisão por parte do julgador, caso se dê a judicialização da medicina em determinado caso concreto.

O problema é que muitos médicos informam que a sua prescrição está embasada em “estudos científicos”, muito embora nem todos os estudos científicos possuam o rigor metodológico necessário.

Ademais, deve-se ter em mente que existe um *marketing* agressivo por parte dos laboratórios, o que, muitas vezes, mascara a ineficácia do medicamento pleiteado. Segundo Marcia Angell, que, em seu livro⁶⁵, denuncia as táticas dos laboratórios farmacêuticos para venderem os seus produtos, de forma que os médicos muitas vezes aprendem a prescrever um determinado medicamento com o representante comercial do laboratório responsável pela fabricação do mesmo, o qual, na ocasião, apresenta pretensos “estudos científicos” financiados pelo

⁶⁵ ANGELL, Marcia. *A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos – Como somos enganados e o que podemos fazer a respeito.* 3. ed. Record, p. 322.

próprio laboratório e que demonstram a suposta eficácia do mesmo. Por tal motivo é que deve ser sempre levada em consideração a qualidade do estudo realizado.

Como dito, as revisões sistemáticas (ou metanálises) estão no topo da pirâmide. Em segundo lugar, estão os Estudos Controlados Randomizados com mais de 1.000 (mil) pacientes, os quais também são conhecidos como *megatrials*. Nesse caso, a margem de erro é menor que 5% (cinco por cento), por conta do tamanho da amostra. Além do mais, o Estudo deve ser aleatório, ou seja, haverá um grupo de controle de pacientes que tomará placebo e outro que tomará o medicamento e as chances pelo sorteio de um paciente ser selecionado para um ou outro grupo é a mesma. Por fim, o estudo deve ser duplo cego, ou seja, nem o médico nem o paciente sabem se este último está tomando o medicamento ou o placebo. Ademais, o ideal é que haja simultaneamente vários grupos sendo pesquisados sem que haja contato entre os pacientes, se for possível, situados em continentes diversos.⁶⁶

Em terceiro lugar, estão os estudos randomizados com menos de 1.000 (mil) pacientes, seguidos pelos estudos não randomizados (prospectivos), séries de casos e opiniões de especialistas ou Consensos de Sociedades Médicas.

Examinando o conteúdo desses estudos, percebe-se, ainda, que existem graus de recomendação, devendo o médico, o gestor e, se for o caso, o julgador, optar pelo tratamento que possua o maior grau de recomendação. Com base em tais graus é que são estabelecidos os protocolos clínicos, em que o Poder Público normatiza os procedimentos de diagnóstico e tratamento de doenças.

É aqui que reside o grande foco de litigiosidade no SUS, pois os protocolos clínicos preveem um tratamento para a doença e excluem outros, sendo que tal exclusão se dá justamente por conta das evidências científicas acumuladas favoravelmente a um tratamento e não a outro.

No entanto, diversos julgadores, ao se depararem com uma ação judicial envolvendo o direito sanitário, muitas vezes, deixam de analisar tais questões, limitando-se a conceder provimentos judiciais genéricos, com base no direito à vida e à saúde.

Ocorre que, muitas vezes, ao invés de garantirem tais direitos aos cidadãos, eles estão, na verdade, agravando a doença que os acomete, haja vista se tratarem de medicamentos/tratamentos experimentais e sem aprovação dos órgãos competentes (ANVISA, ANS, Ministério da

⁶⁶ DRUMMOND, José Paulo; SILVA, Eliezer. *Medicina baseada em evidências: novo paradigma assistencial e pedagógico*. Atheneu, 1998. p. 156.

Saúde, etc.), além de, muitas vezes, não possuírem eficácia garantida para aquele determinado tipo ou estágio da doença.

Ademais, cabe ainda ressaltar os enormes gastos com a saúde efetivados pelos diversos entes públicos, o qual, no mais das vezes, é motivado pela existência de diferentes marcas e apresentações do mesmo produto, bem como, conforme já afirmado, o *lobby* da indústria farmacêutica.

No entanto, caso o tratamento/medicamento requerido seja o único disponível para aquele determinado tipo de doença, ou já tenham sido utilizados todos os que estavam disponíveis no sistema, porém, sem êxito; ou mesmo se esses últimos causaram mais agravos à saúde do indivíduo do que benefícios, poderia a Administração Pública autorizar o tratamento independentemente do atendimento às normas de ingresso do mesmo no país ou mesmo no Sistema Único de Saúde? Tal resposta acaba sendo dada pelo Poder Judiciário, quando do julgamento desses tipos de ações.

Por outro lado, caso seja determinado, por via judicial, o fornecimento de medicamento que não possua o devido registro na ANVISA, vulnerando, portanto, o controle sanitário do Estado brasileiro, ante a impossibilidade de as autoridades verificarem a segurança, a eficácia e a qualidade do mesmo, o que impede o exercício regular do poder de polícia, constituir-se-ia como provimento jurisdicional ilegal, nos estritos termos do art. 12 da Lei nº 6.360/76 c/c Art. 19-T da Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, alterada pela Lei 12.401 de 28 de abril de 2011.

Por derradeiro, tem-se que tais fatores devem observados com o devido cuidado por parte do julgador, a fim de resguardar não apenas o direito à saúde e, até mesmo, à vida do paciente, mas também o próprio funcionamento do sistema, o qual poderá ser malferido diante de decisões irresponsáveis e quase desprovidas de fundamentação científica.

3 CONCLUSÃO

O Direito Sanitário vem ganhando cada vez mais importância no mundo jurídico, em razão da crescente judicialização da saúde, o que induz à necessidade de capacitação dos operadores do Direito nessa matéria.

E tal crescimento é responsável pelo desequilíbrio do Sistema Único de Saúde, o qual deixa de ter as suas diretrizes respeitadas pelas decisões proferidas, as quais não levam em consideração a distribuição de competências estabelecida, nem tampouco a limitação dos recursos públicos empregados, além da chamada “Medicina Baseada em Evidências”, a qual foi objeto da STA nº 175, do Supremo Tribunal Federal.

Como já afirmado alhures, cada ente político possui o seu papel no sistema, ou seja, o julgador deverá estabelecer expressamente qual atribuição cabe a que ente federativo. Ou seja, a União, como mera gestora nacional do sistema, não terá condições de atender às demandas locais e de execução das políticas públicas em saúde, cabendo tais competências aos estados, municípios e ao Distrito Federal.

Ademais, devem ser levadas em consideração as naturais limitações políticas e orçamentárias. Nesse sentido, deve o administrador fazer as escolhas mais justas possíveis, a fim de atender ao maior número de pacientes e de demandas em saúde, ante os escassos recursos existentes, em atendimento aos princípios da universalidade e da integralidade.

O Estado, por sua vez, sustenta que só é obrigado a fornecer o que consta em seus Protocolos Clínicos e Listas Oficiais do SUS, não obstante as necessidades individuais narradas e das indicações terapêuticas individuais, haja vista, muitas vezes, serem fruto de *lobby* das indústrias farmacêuticas, bem como o fato de que atender a pretensão de apenas um indivíduo, em detrimento de toda uma sociedade, colocaria em risco o atendimento global.

Ainda em relação ao referido tema, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da STA nº 175, por meio do Ministro Relator, Gilmar Mendes, reforçou a ideia de que é preciso que o Poder Judiciário verifique a existência de evidências científicas, bem como examine o rol constante nas políticas públicas de saúde, quando da análise do caso concreto.

Por fim, tem-se que, para a concessão dos medicamentos e/ou tratamentos médicos pleiteados, deve-se ter em mente, não apenas o fato de os mesmos não se enquadrarem como experimentais, mas também a real necessidade de se escolher o tratamento requerido em detrimento dos protocolos e diretrizes do Sistema Único de Saúde. Assim, cabe ao Poder Judiciário conceder de forma responsável os mais diversos tipos de medicamentos e prestações de saúde, estando disciplinadas ou não em políticas públicas, atendendo, portanto, às diretrizes estabelecidas pelo sistema e garantindo a melhor prestação de saúde possível à população.

Sob tal perspectiva, verifica-se que as nuances e os efeitos da judicialização da saúde no Brasil ainda merecem ser amplamente discutidos, seja no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, seja no próprio Poder Judiciário, buscando-se alcançar a mais ampla prestação em saúde possível, com o dispêndio dos recursos postos à disposição, sem a interferência, portanto, no próprio sistema, haja vista que, na maioria das vezes, ele atenderá à população mais necessitada, a qual se configura como sua verdadeira usuária.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do Direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ANGELL, Marcia. *A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos – Como somos enganados e o que podemos fazer a respeito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. *Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS*. Direito à Vida e à Saúde. Impactos Orçamentário e Judicial/Ana Carla Bliacheriene, José Sebastião dos Santos, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL, Ministério da Saúde/Consultoria Jurídica. *Panorama da Judicialização 2012*. Brasília, maio de 2013. Disponível em: <<http://portalsauda.saude.gov.br/portalsauda/index.cfm?portal=pagina.izarTexto&codConteudo=8572&codModuloArea=659&chamada=panorama>>.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO NETO, Menelick de. *Texto-base 1: PÚBLICO e PRIVADO na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília: CEAD/UnB, 2013. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.ceed.unb.br/agu/pluginfile.php/637/mod_resource/content/1/Texto_base_1.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- CRUZ, Célio Rodrigues. *Texto-base do Tópico 1.3: Direito administrativo. Processo administrativo sancionador*. Brasília: CEAD/UnB, 2013. 38p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.ceed.unb.br/agu/pluginfile.php/985/mod_resource/content/5/Direito_Administrativo_APLICADO_Prática_-Unidade_1_-_Tópico _III.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2013.
- CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antônio Carlos C. *Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde*. Direito à Vida e à Saúde. Impactos Orçamentário e Judicial. Ana Carla Bliacheriene, José Sebastião dos Santos, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010.

DRUMMOND, José Paulo; SILVA, Eliezer. *Medicina baseada em evidências: novo paradigma assistencial e pedagógico*. São Paulo: Atheneu, 1998.

GODOI, Alcinda Maria Machado. *A eficácia do Poder Executivo e do Poder Legislativo na elaboração da legislação federal em saúde de 1988 a 2008*. Estudos de Direito Santário: a produção normativa em Saúde. Organizadores, Luiz Carlos Romero e Maria Célia Delduque. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HORTA. Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MAINGUÉ NETO, Wilson. *O mandado de segurança e o direito à assistência à saúde*. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica e Editora, 2011.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A Administração Pública e a Constituição*. 2008. Texto base da disciplina Direito Administrativo do eixo comum do Curso de Especialização em Direito Público, Centro de Educação à Distância da Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, Brasília, 2008. 26p. Disponível em: <http://moodle.ceed.unb.br/pluginfile.php/503/mod_resource/content/11/Textos%20complementares/2%20-%20A%20Administração%20e%20a%20Constituição.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2013.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: Direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007.

MARQUES, Silvia Bandim. *Judicialização da saúde e a proposta de regulamentação da integralidade de assistência farmacêutica e terapêutica no Brasil*. Estudos de Direito Sanitário: a produção normativa em Saúde. Organizadores, Luiz Carlos Romero e Maria Célia Delduque. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008.

QUEIROZ E SILVA, Jules Michelet Pereira. A Conciliação no Direito Públco Brasileiro: A experiência do CIRADS no Rio Grande do Norte. *Revista Direito e Liberdade*, Natal: ESMARN, v. 13, n. 2, jul./dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. revista e atualizada, 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4. Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> . Acesso em: 19 out. 2013.

SILVA, Virgilio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1133620>. Acesso em: 29 ago. 2013.

TEIXEIRA, Carmen. *Os princípios do Sistema Único de Saúde*. Texto de apoio elaborado para subsidiar o debate nas Conferências Municipal e Estadual de Saúde. Salvador, Bahia. Junho de 2011. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf>. Acesso em: 07 set. 2013.

INSCRIÇÃO DE OCUPAÇÃO NOS TERRENOS DE MARINHA: USURPAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO?

Estela Richter Bertoni
Advogada da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 A política das terras públicas no Brasil; 1.1 Histórico-Brasil Colônia (1492-1822); 1.2 Histórico -2^a fase Brasil República (1822-1921); 2 Dos terrenos de Marinha; 2.1 Histórico; 2.2 Terrenos de Marinha fundamentos jurídicos; 2.3 Terrenos de Marinha e os novos paradigmas constitucionais; 2.4 Das Ilhas: situação peculiar; 3 Da utilização dos terrenos de marinha pelos particulares; 3.1 Do aforamento ou enfeiteuse; 3.2 Da ocupação; 3.3 Legislação ocupação sob os novos paradigmas constitucionais críticas; 3.4 Estudo das instruções normativas aplicadas pela SPU; 3.5 Processos Administrativos de pedido de inscrição de ocupação; 3.6 Tentativas de superar os problemas enfrentados pela SPU; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo objetivou estudar a inscrição de ocupação em terrenos de marinha, abordando de forma crítica a evolução da legislação e a sua gestão administrativa. Delineado o traçado histórico da transferência de terras públicas, ao domínio privado, desde o período colonial até o presente. A definição jurídica dos terrenos de marinha e sua legislação, bem como as aplicação dos novos paradigmas constitucionais sobre o tratamento dado a esses terrenos, precipuamente a função social da propriedade. Feito breve estudo sob a situação das ilhas. A análise do instituto da ocupação dos terrenos de marinha, sua definição e legislação aplicável e apanhado das normas administrativas aplicadas pela Secretaria da União nos pedidos de inscrição de ocupação. Estudou-se a gestão da Secretaria da União sobre os terrenos de marinha, fazendo-se referência a casos práticos, Analisando-se ao final possíveis práticas que possam aperfeiçoar a administração destes terrenos por parte da Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Terrenos de Marinha. Inscrição de Ocupação. Patrimônio Público.

ABSTRACT: The present study aimed to study the description of occupancy in marine land , addressing critically the development of legislation and administrative management . Outlined the historical route of the transfer of public lands to private ownership since the colonial period to the present . The legal definition of marine and land their legislation and the application of new constitutional paradigms for the treatment of such land , as primarily social function of property . Brief study done in the situation of the islands . The analysis from the Institute of Marine occupation of land , and its definition and overview of applicable administrative rules applied by the Secretariat of the Union in applications for registration of occupancy legislation. Analyzed the management of the Secretariat of the Union on tide lands , with reference to practical cases are analyzed possible to end practices that can improve the management of these lands by the Public Administration .

KEYWORDS: Land Marine. Occupation. Registration. Government Property.

INTRODUÇÃO

O presente tema foi escolhido tendo em vista atuação como Advogada da União, mais precisamente na seara correicional, na qual foi possível estudar inúmeros processos administrativos de inscrição de ocupação em terrenos de marinha, que tramitam na Secretaria de Patrimônio da União, os quais concediam inscrições de Ocupação à particulares não amparadas na legislação regente, possibilitando o uso indevido de terrenos públicos.

Em outras tantas situações foram constatadas inscrições de ocupação concedidas em áreas sob o qual existiam impedimentos ambientais; em áreas muito superiores às permitidas em lei, bem como em áreas que extrapolavam a real ocupação efetiva, tendo em vista a ausência de fiscalização *in loco* da Administração Federal.

Tais ocorrências em muitos casos favoreceram indevidamente interesses particulares, possibilitaram a construção de imóveis em terrenos públicos, angariando vantagens indevidas, já que é comum a propositura de ações de indenização em face da Fazenda Pública requerendo benfeitorias realizadas, bem como com possibilidades efetivas de provocar danos ecológicos irreparáveis às áreas nos quais incidiam estas limitações.

Por derradeiro, foi observado que o instituto de ocupação, ao invés de solucionar os litígios incidentes sobre a utilização de terrenos públicos, no caso terrenos de marinha, em grande parte proporcionam a poucos o acesso aos terrenos públicos, em detrimento do interesse maior da sociedade que é sua utilização social ou sua preservação.

Na mesma linha, em muitos casos a ocupação possibilita a especulação imobiliária em áreas litorâneas que são muito desejadas e o privilégio de acesso aos terrenos e concentração fundiária, bem como possíveis degradações ao meio ambiente no qual se insere aquela área, não exigindo a legislação regente praticamente nenhuma contrapartida do particular que a ocupa, senão o pagamento da taxa de ocupação.

Ao estudar tais ocorrências foi verificado que em muito se deviam às lacunas e omissões na legislação que definem o instituto da ocupação, além de possibilitar que uma situação precária, qual seja um mero fato de estar se ocupando uma área pública, que não se configuraria sequer posse, seja prevista em lei e tenha amparo legal, criando até mesmo uma esdrúxula figura jurídica.

Por sua vez, a atuação do órgão, qual seja, a Secretaria de Patrimônio da União, que deveria fiscalizar o uso destes terrenos é deficiente, tanto em sua estrutura material, quanto de recursos humanos.

Objetiva-se com esse trabalho traçar quais efetivamente são as causas que concorrem para esse quadro crítico referente às inscrições de ocupação concedidas nos terrenos de marinha, estudando o histórico legislativo, as leis aplicáveis, regulamentos, atuação dos órgãos administrativos, bem como visualizar quais são as providências tomadas

pela Administração Pública para que este cenário possa ser modificado e que o interesse público seja preservado.

1 A POLÍTICA DAS TERRAS PÚBLICAS NO BRASIL

1.1 Histórico –Brasil Colônia (1492-1822)

O estudo da ocupação das terras públicas, desde os mais remotos tempos da nossa história, tem grande importância para entendermos o atual tratamento referente aos terrenos de marinha, pontuando o histórico legislativo dispensado a transferência de terras públicas para o domínio privado e a atuação da Administração Pública no condizente à gestão destas terras.

Antes mesmo de qualquer colonizador europeu ter pisado no território nacional, as grandes potências nos idos do ano de 1492, quais sejam, Portugal e Espanha, por intermédio do Tratado de Tordesilhas, firmaram um acordo, sob “bênçãos divina do papado”, em dividir o território da América do Sul, traçando um meridiano que estabelecia a quem pertenceriam os respectivos territórios. Desta maneira, o território nacional, a partir do marco temporal iniciado com colonização, se constituía integralmente de terras públicas de propriedade da Coroa Portuguesa.

No entanto, o Tratado de Tordesilhas não foi específico em estabelecer quais seriam as terras de propriedade de Portugal e quais seriam pertencentes à Espanha, pois a princípio todas situadas a 370 léguas do arquipélago de Cabo Verde seriam território português, porém não afirmaram de qual ilha especificamente se demarcaria a linha divisória. Deste modo, foram realizados vários tratados entre os países se estabelecendo o território brasileiro por volta da segunda metade do século XVIII.²

A primeira concessão de terras ao domínio privado se deu em forma de capitania hereditária, no ano de 1504, que foi a Ilha de São João, atual arquipélago de Fernando de Noronha. Porém, nesse período Portugal não teve muito interesse em explorar o território nacional,

¹ JÚNIOR, C. G. A histórica má administração das terras públicas brasileiras como fator incentivador da criminalidade agroambiental. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU4*, Belo Horizonte, v. 59, n. 10, p. 12-27, set./out. 2011.

² Acontece que o tratado determinava que a linha fosse demarcada, em conjunto, pelos dois países, no prazo de 10 meses. Entretanto, o Meridiano de Tordesilhas nunca foi de fato traçado e nem respeitado. Tanto a Espanha como Portugal aproveitaram-se das dificuldades acima narradas para colocar a linha do tratado onde mais convinha a cada um dos dois países. Além disso, durante a União Ibérica (1580 a 1640), o movimento colonizador português ganhou impulso sob o domínio espanhol, que, interessado no povoamento de certas áreas estratégicas, desprezou em alguns casos a linha de Tordesilhas. Dessa forma e de outras, os portugueses desbravaram territórios espanhóis em toda região norte, centro-oeste, sudeste e sul do que hoje constitui o Brasil. Posteiros tratados possibilitaram, nos séculos seguintes, a consolidação do alargamento das fronteiras portuguesas na América do Sul, prevalecendo, a partir de 1750 (Tratado de Madrid), o critério do *uti possidetis* (das posses já consolidadas). Desse modo, os contornos gerais do território brasileiro estavam bem definidos na segunda metade do século XVIII. (JÚNIOR, 2011)

tendo em vista os seus outros interesses comerciais, que estavam situados principalmente nas Índias.

Somente a partir de 1534 que se intensificaram as investidas nos novos territórios da América do Sul. Nesse período, Portugal teve por objetivo primeiro o de povoar o novo continente a fim de proteger o seu território de possíveis outros invasores europeus e, desta forma, ocupá-lo seria uma forma segura de proteger essas áreas e estabelecer a cultura da cana de açúcar com intuito comercial.

O território da colônia, portanto, foi dividido em capitâncias hereditárias, que por sua vez, foram divididas aos colonos por intermédio das Sesmarias. O sistema de Sesmarias remonta ao ano de 1375, já eram previstas nas Ordenações Afonsinas que também vigoraram por aqui, seguidas das Ordenações Manuelinas que não alteraram a previsão do instituto e eram aplicadas regularmente no território português.

Em 1530, Martim Afonso de Souza, enviado de D. João III, Rei de Portugal, inaugurou a primeira expedição ao Brasil e para ele foi transferida o poder da jurisdição, que dentre outras coisas, deu o poder de conceder sesmarias *“das terras que achasse e se pudessem aproveitar aos que nelas quisessem viver e povoar”*³.

Nos valemos dos estudos de Ruy Cirne Lima⁴ para estabelecer a etimologia da palavra sesmaria:

Sesmaria deriva, para alguns, de sesma, medida de divisão das terras do alfoz, como, para outros, de sesma ou sesmo, que significa a sexta parte de qualquer cousa, ou ainda, para outros, do baixo latim caesina, que quer dizer incisão, corte. Herculano parece tê-la, como procedente de sesmeiro, cuja filiação etimológica, entretanto, não indica.

O regime jurídico das Sesmarias se constituía em uma forma de doação, porém de forma condicionada, ou seja, as terras eram repassadas aos colonos sob a condição de serem devidamente cultivadas e se tornaram produtivas, caso contrário, deveriam ser devolvidas a Coroa, se esse intento não ocorresse no prazo de três a cinco anos.

Dessa maneira, não se estabelecia uma propriedade plena das terras na mão do colono, o domínio, portanto, era seccionado e em muito se aproximava da enfiteuse do vetusto direito romano, que o dividia e transferia o domínio útil ao colono, permanecendo o domínio direto com o Estado.

O instituto das sesmarias nas novas terras teve que sofrer adaptações, tendo em vista situações que eram imprevistas nos territórios europeus que foram recorrentes nos novos territórios:

3 JUNIOR, op. cit.

4 LIMA, R. C. *Pequena História Territorial do Brasil Sesmarias e Terras Devolutas*. 4. ed. São Paulo: Arquivo do Estado, v. 1, 1991.

Pra começar, elas foram concedidas em caráter perpétuo, enquanto, por previsão legal, deveriam ser somente vitalícias. Não mais restrinvida a vidas, aproximaramse muito de meras doações, sem imposição de foros ou tributos, com a única condição de serem cultivadas no prazo de dois anos. Além disso, possivelmente embriagados com a inesperada imensidão das novas terras, esqueceram completamente a recomendação de não dar “maiores terras a uma pessoa, que as que razoavelmente parecerem que no dito tempo poderá aproveitar”. Tornaram-se comuns sesmarias de 5 a 10 e até mesmo 20 léguas em quadra, rememorando que uma légua de sesmaria media 6.600 metros, surgindo propriedades de dimensões impensáveis na metrópole. Havia também imprecisões de limites causadoras de sobreposições e espaços vazios, que, mesmo séculos depois, deflagrariam sérios conflitos fundiários.⁵

Desta maneira o instituto que originariamente era aplicado em Portugal em terras que já haviam sido aradas e por algum motivo teriam sido abandonadas, no Brasil foi aplicado às terras virgens. Explica o já citado mestre Ruy Cirne de Lima as características do regime em Portugal:

Certo é que a constituição das sesmarias não se fazia, sem prececer a divisão e repartição das terras incultas; a pensão ou renda estipulada constituía, geralmente, na sexta parte dos frutos, e, por último, o fim, a que atendia para constituí-las, era o roteamento – rompimento, pelo arado ou pela enxada, das terras abandonadas. Sesmeiros de outra parte, eram denominados os magistrados municipais, encarregados da repartição e distribuição das terras do alfoz”.⁶

Na linguagem das Ordenações “*são propriamente as datas de terras, casais ou pardieiros, que foram ou são de alguns senhores e que, já em outro tempo, foram lavradas a aproveitadas e agora não o são*” (Man, liv. IV, tít. 67; Filp. liv. IV, tít. 43).⁷ Com efeito, até o termo sesmeiro por aqui foi adaptado, daquele que distribuía as terras, passou a ser, aquele que recebia as terras, tamanho era o status de receber tais terras pelas sesmarias.

E em relação às incríveis dimensões doadas, sem qualquer restrição, citamos caso emblemático, a sesmaria doada à Brás Cubas, que abrangia os atuais municípios de Santos, Cubatão e São Bernardo do Campo, enquanto no Nordeste várias delas eram muito maiores do que os Estados atuais. No caso, também não havia qualquer objeção em

⁵ JÚNIOR, op. cit.

⁶ LIMA, op. cit., p. 20.

⁷ FAORO, R. *Os Donos do Poder Formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, v. I, 2001. p. 537.

contemplar-se o mesmo colono com sesmarias sucessivas, em épocas e lugares diferentes⁸ (FAORO, 2001, p. 539).

Esse aparente caos na distribuição de terras públicas veio dar contorno e feição a como seria conduzida a política de terras pelo país que se formava e quais interesses seriam privilegiados ou não pela Coroa de Portugal.

E os cidadãos que recebiam essas terras não eram simples colonos ou gente ligada ao cultivo da terra, como explica o trecho destacado:

Completando, as sesmarias não eram concedidas para qualquer um. Havia uma preocupação militar e comercial, orientada pela tradição aristocrática. Com efeito, as terras só eram concedidas a pessoas de confiança, aos “homens bons”, com posses suficientes para a exploração do novo território, e aos honrados que já tinham demonstrado sua bravura e valor em serviços prestados à Coroa. Vale lembrar que a sociedade portuguesa era organizada aristocraticamente, assentada sobre a base dos morgados, das honras e dos solos lavrados pelos braços de servos. As terras, portanto, foram distribuídas aos nobres, aristocratas e grandes empreendedores. Resumidamente, aos amigos do rei e aos amigos dos amigos deste. Mas, dentre estes eleitos, ao final só se deram bem os que, conseguindo superar as distâncias e adversidades, lograram sucesso em produzir de acordo com as necessidades do mercado europeu.⁹

E esse tipo de distribuição a pessoas que nem sempre tinham experiência com o cultivo da terra foi desastroso, pois acabou privilegiando apenas pequena casta de abastados, em detrimento do pequeno agricultor, herança que permeia nossa agricultura até os tempos atuais, bem como a apropriação de terras que não foram destinadas a agricultura, e se tornaram o embrião da especulação de terras, ou seja, utilizadas apenas com o intuito de acumulação de capital e investimento, tornando-se improdutivas.

Assim, se verifica duas características principais no sistema de distribuição de terras públicas no Brasil Colônia, a gratuitade, já que essas terras eram doadas e a condicionalidade, pois se não houvesse uma ocupação produtiva as terras voltariam para a Coroa que poderia as redistribuir. Características em tese, pois na prática o gerenciamento das terras foi um tanto descuidado e displicente em sua fiscalização.

No entanto, é de se destacar que não foi o regime de Sesmarias o único responsável pela distribuição fundiária realizada no Brasil, mas também os objetivos de Portugal de se explorar o novo território brasileiro ao máximo para criar excedentes coloniais para a Metrópole, baseada da monocultura, que se utilizava do trabalho escravo e de grandes áreas denominadas latifúndios.

8 FAORO, R., op. cit., p. 539.

9 JÚNIOR, op. cit.

E Portugal mantinha vistas grossas no condizente ao que acontecia na colônia referente à distribuição de terras, em primeiro lugar porque era difícil estabelecer os limites territoriais das sesmarias e como já citado, aparentemente não se tinha esse interesse como principal, bem como existia a prática disseminada da compra e venda das sesmarias.

Apesar da recomendação de se distribuir terras de tamanho adequado a exploração e ao cultivo, a agricultura rudimentar exigia sempre a busca por novas terras férteis e a busca por recursos infindáveis para a colônia fizeram com que a legislação não fosse seguida à risca.

Desde essa remota fase, a posse era o meio mais disseminado a possibilitar o domínio das terras e possibilitar a aquisição das terras públicas pelo domínio privado, explica a estudiosa do tema Ligia Maria Osório Silva¹⁰:

A condicionalidade da doação não conseguiu impedir a formação de grandes latifúndios improdutivos. Além daquela utilizada efetivamente de forma produtiva, Grandes extensões de terras eram apropriadas, ora para garantir explorações futuras, caracterizando uma cultura migratória em grande escala, ora como reserva de valor. Este padrão de ocupação explicava-se, no caso das sesmarias, pelo caráter predatório da agricultura praticada na colônia, baseada no trabalho escravo e na utilização de técnicas rudimentares, que esgotavam rapidamente o solo. Por outro lado, a incapacidade da metrópole portuguesa em exercer um controle estrito sobre a colônia tornou possível a manutenção deste padrão. Em consequência, nenhum dos mecanismos colocados em vigor pelas autoridades coloniais fez reverter esse processo. Na realidade, o aumento das exigências que cercavam a concessão de sesmarias (medição, demarcação, confirmação etc.) só serviu para indispor os colonos com a administração colonial.

Paralelamente a este, outro foco de tensão cresceu à medida que a sociedade colonial se afirmou, ocasionado pela disseminação de outra forma de aquisição de domínio, a posse.

Em conclusão, no Brasil se estabeleceu um regime de sesmarias completamente distinto do existente em Portugal, no qual ao invés de ser atrelado à produção, era um regime que atribuía terras independentemente de qualquer coisa, mero direito dominial.

1.2 Histórico –2^a Fase Brasil República (1822-1921)

Em 1822, iniciou-se novo período de tratamento a estas terras pela metrópole portuguesa, na tentativa de se retomar as terras ao domínio público foram estabelecidas as seguintes medidas:

¹⁰ SILVA, L. M. O. *Terras Públicas, ocupação privada elementos para a história comparada da apropriação territorial na Argentina e no Brasil*. Economia e Sociedade, Campinas, p. 109-41, junho 1999.

1 -o fim da gratuidade da doação com a obrigação dos concessionários de pagarem foro e este incidiria sobre a produção; 2 fixação de limites para o tamanho das concessões; confirmação por El rei das concessões de terra.¹¹

A partir deste momento que se exigiu o pagamento de foro foi alterada a natureza do regime das sesmarias, nos dizeres de Ruy Cirne Lima¹²:

A imposição de foros, nas sesmarias do Brasil, equivalendo a uma apropriação legal do respectivo domínio direto, feria de frente esse preceito e inaugurava, entre nós, o regime da instituição das sesmarias, que perde, desde então, o seu caráter de restrição administrativa do domínio privado e do das entidades públicas, para assumir definitivamente a feição de concessão, segundo os preceitos ordinários, de latifúndios, talhados no domínio régio.

Porém, apesar da urgência da criação de um Estado nacional e independente, o estabelecimento desta política de terras ficou completamente de lado, não se sabe ao certo se pela dificuldade de se verificar e estabelecer em que mãos e a que títulos estas terras estavam sendo distribuídas. Com efeito, era muito grande a balbúrdia de títulos, posseiros e ocupantes irregulares e estes eram em sua grande maioria os grandes proprietários, base social desse novo governo.

O regime de sesmarias aliado a forma como foi conduzido, já naquela época, foi responsável pela completa má distribuição das terras, como escreveu Gonçalves Chaves, na época em anonimato:

Nossa população he quase nada, em comparação da immensidate de terreno que occupamos há trez séculos. 2. As terras estão quase todas repartidas, e poucas há a distribuir, que não estejão sujeitas a invasões dos índios. 3. Os abarcadores possuem até 20 legoas de terreno, e raras vezes consentem a alguma família estabelecer-se em alguma parte de suas terras, e mesmo quando consentem, he sempre temporariamente e nunca por ajuste, que deixe ficar a família por alguns annos. 4. Há muitas famílias pobres, vagando de lugar em lugar, segundo o favor e caprixo dos proprietários das terras, e sempre faltas de meio de obeter algum terreno em que facão hum estabelecimento permanente. 5. Nossa agricultura está em o maior atraço, e desalento, a que Ella pode reduzir-se entre qualquer povo agrícola, ainda o menos avançado em civilização”¹³

¹¹ GUEDES, S. N. R. *Analise Comparativa do processo de transferência de terras públicas para o domínio privado no Brasil e EUA uma abordagem institucionalita*. Economia, Curitiba, v. 1, n. 30, p. 7-36, 2006

¹² LIMA, op. cit., p. 42.

¹³ CHAVES, 1822, apud LIMA, 1991, p. 46.

Portanto, a gestão das terras públicas desde os tempos imemoriais estabeleceu o regime latifundiário e a propriedade nas mãos de poucos, em que o pequeno não sobrevivia ou tinha enormes dificuldades para se firmar.

Na mesma seara, negligência das autoridades no gerenciamento e fiscalização na colonização destas terras e sua distribuição, que se dava desordenadamente e sem critérios legais, sendo realizada segundo parâmetros particulares e individuais, negligenciando as necessidades públicas.

O período de 1822 até 1850 foi denominado de “*fase áurea do posseiro*”,¹⁴ no qual a posse era a única possibilidade de aquisição das terras¹⁵.

Com efeito, até o presente momento era o regime de sesmarias o único regime legal e de acordo com a Coroa, para que se tivesse regularmente em mãos privadas as terras públicas. No entanto, o que se percebia é que a posse efetivamente era a que se verificava em todo o território, a “*ocupação*”, nos dizeres de Lacerda de Almeida¹⁶.

Não se tratava, porém, da *occupatio*, do direito romano, pela simples aposseamento das coisas, no nosso caso especificamente havia o cultivo da terra. E nossa legislação, ano após ano, foi protegendo essa posse aliada a efetiva cultura do terrenos.¹⁷

A partir do ano de 1840 se intensificaram os debates para a criação de uma legislação específica de terras, tendo em vista o momento político no qual já se discutia a abolição dos escravos e a real necessidade de contratação de mão de obra assalariada.

Em 1850, surgiu a Lei de Terras a fim de ser uma resposta a essa nova sociedade, no qual as pressões externas de industrialização nos países como a Inglaterra exerciam sobre a economia de Portugal, a transferência de valor as terras em lugar da mercantilização dos escravos era premente.

A lei de Terras nos dizeres de Ruy Cirne Lima¹⁸ era uma errata, em oposição ao regime de sesmarias. E aponta a redação do artigo 4 como emblemático a questão:

Serão revalidadas-dispõe o mencionado artigo-as sesmarias ou outras concessões do governo geral ou provincial, que se acharem cultivadas ou com princípios de cultura e morada habitual do respectivo

¹⁴ SILVA, op. cit., p. 46.

¹⁵ Neste contexto, no plano da apropriação territorial, a posse, que viera conquistando o reconhecimento das autoridades coloniais, a partir da resolução do Príncipe Regente que lhe dava prevalência sobre as sesmarias ganhou definitivamente a preferência dos colonos. E na primeira metade do século XIX o número de posses já era maior que o número de propriedades legítimas. Como o entendimento que se teve da resolução que suspedia as concessões de sesmarias foi de que ela não se aplicava às posses, no período entre 1822 e 1850 esta tornou-se a única forma de aquisição de domínio sobre as terras, ainda que apenas de fato, e é por isso que na história da apropriação territorial esse período ficou conhecido como a “*fase áurea do posseiro*”. (SILVA, 1999)

¹⁶ ALMEIDA, 1908 apud LIMA, 1991, p. 51.

¹⁷ Lei de 1850, disponde ulteriormente sobre o assunto, dispõe, por igual, de posses “que se acharam cultivadas ou com princípios de cultura (art. 5), de posseiros com direito sobre “o terreno que ocuparem com effectiva cultura (art. 8)”

¹⁸ LIMA, op. cit.

sesmeiro, ou concessionário, ou de quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que forão concedidas

Ora as condições para a concessão de sesmarias eram a medição, a confirmação e a cultura, o que poderia inclusive, caso o sesmeiro não cumprisse as condições, as terras serem retomadas pela Coroa. A lei de 1850 simplesmente colocou de lado qualquer exigência anterior para que se estabelecesse o domínio das terras e apenas exigiu a “cultura” das terras, legitimando portanto, a posse, pura e simplesmente. E a posse sequer delimitada, pois não se requeria medição prévia.

Os objetivos principais da Lei de Terra sinteticamente foram:

[...] ordenar a apropriação territorial no Brasil: acabar com a posse; fazer um cadastro de terras; financiar a imigração; criar um setor agrícola de pequenos proprietários; tornar a terra uma garantia confiável para empréstimos e funcionar como um chamariz para a imigração.¹⁹

No entanto a lei demorou por volta de 12 anos até ser finalmente aprovada, tendo em vista os intensos debates e críticas que sofreu. Apenas a província do Rio de Janeiro tinha efetivo interesse na lei, já que a cultura do café estava em plena expansão, e tinha-se por certo o fim do trabalho escravo, o restante do país não comungava do mesmo momento. As demais províncias viam a legislação de terras como uma possível retomada das terras pelo poder central e não eram favoráveis a isso.

Os fazendeiros não tinham qualquer interesse na demarcação das terras e qualquer intento neste sentido tornaria os objetivos de se apropriar de mais terras um ato ilegal.

A Lei de Terras porém trouxe poucos efeitos práticos:

[...] ela regularizou as posses e as sesmarias dos proprietários que solicitaram a regularização; foi utilizada na jurisprudência quando surgiam dúvidas sobre origem do título de domínio de propriedade; emitiu títulos de propriedade plena; ajudou muito modestamente o Estado na obtenção de recursos e encerrou definitivamente a existência da forma concessionária da propriedade²⁰.

Nos dizeres do autor supracitado a referida lei não acabou definitivamente com a posse, não organizou cadastro das terras, não estimulou a pequena propriedade e nem coibiu com os grandes latifúndios.

De fato, o intuito da lei era por primeiro tentar acabar com a balbúrdia dos títulos e documentos que existiam sobre as terras, bem como delimitar as terras devolutas e impedir que a posse fosse meio de se adquirir terras públicas, este último objetivo tinha o intento de impossibilitar o acesso aos imigrantes da posse sobre a terra.

19 GUEDES, op. cit.

20 GUEDES, op. cit.

No entanto, a lei serviu para regularizar a situação irregular de sesmeiros e posseiros, pois os transformou em proprietários.²¹

Em seu artigo 5 dispôs que aos posseiros²²:

É-lhes assegurado, em qualquer hipótese, o direito de pedir indenização pelas benfeitorias realizadas, e até o de requerer legitimação de sua posse, se nesta ocorrer qualquer dos requisitos seguintes – 1) ter sido declarada boa por sentença passada em julgado entre os sesmeiros, ou concessionários, ou posseiros; 2) ter sido estabelecida, antes da medição da sesmaria ou concessão, e não perturbada por cinco anos; 3) ter sido estabelecida depois da dita medição, e não perturbada por dez anos.

Inovação foi a venda de terras devolutas pelo governo, proibindo a aquisição que não seja por outra via²³:

[...] fica o governo autorizado a vender terras devolutas, em hasta publica, ou fora della, como e quando julgar mais conveniente, fazendo previamente medir, dividir, demarcar e descrever a porção das mesmas terras, que houver de ser exposta a venda, guardadas as regras seguintes:

A medição e divisão serão feitas, quando o permitirem as circunstâncias locaes, por linhas que corrão de norte a sul, conforme o verdadeiro meridiano, e por outras que as cortem em ângulos rectos, de maneira que formem lotes ou quadrados de quinhentas braças por lado, demarcados convenientemente.

Assim esses lotes como as sobras de terras, em que se não puder verificar a divisão acima indicada serão vendidos separadamente sobre o preço mínimo, fixado antecipadamente e pago à vista de meio real, um real, real e meio e dous réis, por braça quadrada, segundo for a qualidade e situação dos mesmos lotes e sobras.

A venda fora de hasta pública será feita pelo preço que se ajusta, nunca abaixo do mínimo fixado, segundo a qualidade e situação dos respectivos lotes e sobras, ante o tribunal do teshouro público, com assistência do chefe da repartição geral das terras na província do Rio de Janeiro, e ante as thesourarias, com assistência de um delegado do dito chefe, e com aprovação do respectivo presidente nas outas províncias do Imperio.

²¹ A aplicação do artigo 10 da Lei de Terras que o acesso à terra foi impedido aos imigrantes, pois a posse não foi estancada depois da promulgação da lei e, muito pelo contrário, a lei serviu para legalizar as posses que continuaram ocorrendo, efetuadas principalmente pelos grandes fazendeiros. Vista sob um prisma bastante geral, a lei de 1850 desempenhou o importante papel de delimitar o espaço de relacionamento entre o poder público e os proprietários de terras, através da legalização da situação irregular de *sesmeiros* e posseiros. Se atentarmos para o fato de que o sistema anterior era caracterizado pela doação condicional, a lei introduzia uma modificação de profundo significado social que era transformar *sesmeiros* e posseiros em *proprietários plenos*, nos termos do *use e abuse* do direito romano. (SILVA, 1999).

²² LIMA, op. cit., p. 66.

²³ Ibid., p. 67.

Por outro lado, a demarcação das terras foi tarefa atribuída aos particulares, deste modo, a lei também fracassou no seu intento.

Outrossim, a Constituição Federal de 1824 já havia estabelecido que as terras seriam registradas pelo Registro Paroquial das terras e o Regulamento da Lei de terras determinou em seu artigo 91 que as terras deveriam constar dos registros das Igreja locais. O artigo 102 determinava que os vigários não poderiam contestar o que viesse a registro e deveriam conter nome do possuidor, designação da freguesia e extensão e limites, esses dados seriam transmitidos as autoridades das Terras Públicas e o artigo 94 dispunha que o registro nestes moldes poderia se mostrar bastante falho.

Tal registro perdurou por anos como prova de domínio e foi devidamente utilizado pelo Estado. A legalização da posse poderia ter sido contestada pelo Estado devido ao fato do registro efetuado não servir como prova de ocupação. Mas um fato extraordinário ocorreu na interpretação da lei, que a levou num sentido contrário à letra da lei, segunda a opinião de especialistas, e transformou o Registro do Vigário em fonte de perene perplexidade para os tribunais e meio por excelência para perpetuação dos grilos de terra.

Lígia Osório explica as razões do fracasso dos objetivos da lei de TERRA²⁴.

Embora esta constasse no artigo 10, outros artigos levavam a supor que a ‘cultura efetiva e a morada habitual’ garantiriam qualquer posseiro, em qualquer época, nas terras ocupadas. E que a regularização da propriedade territorial instigada pela lei não era uma obrigação dos possuidores, a cujo cumprimento pudessem ser compelidos judicialmente ou administrativamente, mas um direito, que lhes era facultado, e do qual podiam usar se quisessem. A combinação desses dois elementos teve como consequência que a lei servisse, no período da sua vigência e até bem depois, a regularizar a posse e não a estancá-la.

Outro objetivo da lei em questão seria a de dar as terras um valor de mercado a fim de que a terra garantisse empréstimos ao seu proprietário, porém apesar do preço das terras nesse período ter um aumento substancial, a ausência de transferência de pequenas propriedades aos colonos impossibilitou esse intento.

Ruy Cirne de Lima destacou em seu estudo que nem a metrópole nem o império poderiam ter agido como o fizeram distribuindo as terras devolutas e partilhando, tendo em vista a natureza pública dessas terras que foram tratadas como de natureza privada:

Domínio dessa natureza requeria, sem dúvida, poderes especiais para sua gestão – poderes especialíssimos, desde que, tal como sobre a base da soberania territorial se elevaria o edifício do governo e administração,

²⁴ SILVA, op. cit.

sobre a base da propriedade particular se deveria erguer a estrutura econômica e social de uma população nova. Era um país a ser construído, e não uma propriedade a ser cultivada ou edificada²⁵.

Com a República, a administração das terras públicas devolutas foram delegadas aos Estados e Municípios, incumbindo-lhes o de identificar, demarcar e delas dispor.

Dessa maneira, houve a descentralização da política das terras públicas, e os grandes proprietários na época, embasados na política do "coronelismo" influenciaram o domínio da política estadual. A aplicação do "moradia habitual" e "efetiva cultura" era utilizada indevidamente para efetuar grilagens e posses irregulares, transferindo o domínio de terras públicas para o domínio privado.

E a história legislativa não mudou muito nos anos que se seguem, no Estado de São Paulo, foi publicada a Lei n. 323, de junho de 1895, na tentativa de medir e demarcar terras devolutas, mas na época por seu rigor, a lei não foi aceita pelos possuidores de terras.

Após 3 anos foi publicada a lei n. 525, de 2 de agosto, que teve como principais misteres:

- 1) a legitimação automática das posses que tivessem um título de domínio anterior a 1878 e das terras que estivessem na posse particular, com morada habitual e cultura efetiva desde 1868; e 2) a legitimação dependente de processo administrativo das posses de primeira ocupação estabelecidas até a data da lei: 22 de junho de 1895²⁶.

A lei n.1844, do governo de Washington Luiz, veio a novamente legitimar as posses ocorridas entre 1895 e 1921, que era a data de publicação da própria lei e autorizou a concessão de terras devolutas o que se configuraria em princípio, contrário aos ditames da lei das terras de 1850²⁷.

25 LIMA, op. cit.

26 SILVA, op. cit.

27 b) Ocorridas em meados do século XIX, numa região de fronteira do estado de São Paulo, as posses de José Teodoro de Souza deixam entrever com clareza alguns dos estratagemas utilizados pelos posseiros na ocupação de grandes extensões de terras. E o que é mais importante: mostram como o direito estabelecido pelo primeiro ocupante vai sendo repassado aos sucessores. Por volta de 1856, José saiu do município de Pouso Alegre, no sul de Minas, para procurar terras na região do Paranapanema, penetrando através de Mogi-Mirim, e rumando em seguida para Botucatu, nessa época apenas uma vila. José saíra de Minas com o firme propósito de formar uma propriedade naquela região. Ao chegar na vila, portanto, tratou de colocar o chefe político local, um conterrâneo capitão da guarda nacional e filiado ao Partido Liberal, a par dos seus objetivos para contar com a sua "aprovação". A lei de 1850 e seu regulamento já estavam em vigor, mas naquelas paragens longínquas o braço da justiça demoraria ainda algum tempo para chegar.

Contando com isso, José seguiu os conselhos de outro conterrâneo, "entendido em leis" que explicou-lhe como usar o regulamento de 1854 a seu favor, através de um artifício, o Registro do Vigário.

O artigo 91 do regulamento determinava que todos os possuidores de terras, qualquer que fosse o título da sua propriedade, seriam obrigados a registrar as terras que possuíam, a partir de prazos fixados na corte e na província de Rio de Janeiro pelo ministro e secretário de Estado dos Negócios do Império, e nas demais províncias pelos seus presidentes. Os vigários de cada uma das Freguesias do Império foram encarregados de receber as declarações para o registro das terras. As declarações deveriam conter o nome do possuidor, a designação da Freguesia em que se situavam, o nome da localidade, sua extensão (se fosse conhecida) e seus limites. O artigo 102 obrigava os vigários a registrarem as declarações dos possuidores sem contestação, em qualquer circunstância. Ficou os

Ruy Cirne Lima²⁸ afirma que esta situação de transferência para os Estados das terras devolutas enfraqueceu ainda mais o interesse público nestas terras, destacando-se apenas o caráter de arrecadação fiscal:

Há, já agora, um patrimônio que, a cada alienação, visivelmente diminui, e alguém que lhe adquire a parte desfalcada, sem que, na aparência, um interesse superior imponha, iniludível e evidentemente, a necessidade ou sequer a convivência, de ordem geral, dessa alienação.

Tal situação de leis lacunosas e subterfúgios documentais que se utilizavam os ocupantes, que sucessivamente vieram a legitimar as posses de terras públicas é uma constante na história da legislação de terras públicas no Brasil, como teremos a possibilidade de verificar neste estudo.

2 DOS TERRENOS DE MARINHA

2.1 Histórico

A primeira legislação a tratar dos limites espaciais dos terrenos de marinha foi o Aviso, de 18 de novembro de 1818, que mencionou a medida de 15 braças craveiras sobre quais seriam os domínios da Coroa Portuguesa que se estabeleceriam em regime de servidão administrativa.

prazos marcados para os registros, os exemplares das declarações ficariam no arquivo da paróquia e os livros do registro seriam remetidos ao delegado do diretor geral das Terras Públicas da respectiva província, para que se organizasse o registro geral das terras possuídas no Império. O artigo 94 fazia uma ressalva importante: as declarações para o registro não conferiam direito aos possuidores. *Economia e Sociedade*, Campinas, (12): 109-41, jun. 1999. 133 O artifício em questão, aconselhado a José Teodoro, era que após escolher o sítio das terras que queria apossar, ele as fizesse registrar pelo vigário de Botucatu mudando a data da posse para o ano de 1847, para escapulir da proibição de aposseamento da lei de 1850. Assim foi feito e uma porção de terra de 6 km de frente por 150 km de fundos passou do domínio da nação para a posse de José Teodoro.

A legalização da posse poderia ter sido contestada pelo Estado devido ao fato do registro efetuado não servir como prova de ocupação. Mas um fato extraordinário ocorreu na interpretação da lei, que levou-a num sentido contrário à letra da lei, segundo a opinião de especialistas, e transformou o Registro do Vigário em fonte de perene perplexidade para os tribunais e meio por excelência para a perpetuação dos “grilos” de terra.²⁷ Sua importância talvez não tenha sido igualada por nenhum outro dispositivo da lei de terras e seus efeitos perduraram por mais de 100 anos. Nos processos de terras que o estado moveu contra particulares para reaver pedaços do patrimônio público, foi defrontado inúmeras vezes com o Registro do Vigário como prova de domínio. Isto é particularmente visível na região do Paranapanema, onde os processos se arrastam até hoje. No caso da posse de José Teodoro, o imenso latifúndio foi sendo recortado e vendido por José e seus herdeiros ao longo dos séculos XIX e XX. No começo a terra valia muito pouco e, em vida, José não recolheu 60 contos das suas vendas (na época 1.000 contos erra um grande capital, e 100 contos era um pequeno capital). Nas primeiras vendas recebeu em troca um burro arreado, sacas de sal, espingardas, ponches, facas. Os seus herdeiros se beneficiaram da legislação paulista de 1898 e 1920. Em 1940, o Estado tentou ainda uma vez recuperar parte do latifúndio, já então em mãos de terceiros e não conseguiu porque foi reconhecido como prova de posse imemorial o Registro do Vigário de 1847.²⁸ A epopeia de José está contada num livro escrito em 1926, que no estilo bem no gosto da historiografia tradicional atribui todos os méritos aos posseiros. Pela ação desbravadora que tiveram, no sertão, e pelo papel que exerceram de empurrar os índios para longe das áreas de fronteira, Oliveira Viana compara a ação dos grileiros e bugreiros do século XIX àquela dos bandeirantes no século XVII (Cobra, 1923; Oliveira Viana, s.d.: 99-100). (SILVA, 1999)

²⁸ LIMA, op. cit., p. 108.

Daí por diante se inicia a consolidação da prática administrativa sobre os terrenos de marinha, acrescidos e mangues, prática que se vai desenvolver através de decisões, instruções, resoluções, editais, circulares, avisos, ordens e portarias²⁹.

De fato, desde os tempos mais remotos o tema de terrenos de marinha não tem uma compilação legal clara e conceitual, já se discorria a época:

Reina o maior cahos na insuficiente legislação sobre terres de marinha. Contam-se por centenas os avisos ministeriais, explicando, ampliando e até alterando as disposições legaes, concorrendo tudo para mais perturbar a matéria. Por isso mesmo, a demarcação e defesa destes terrenos contra as espoliações dos particulares teem sido completamente descuradas.

O baratho é espantoso: tudo o que existe se choca com fragor. Percorrer a legislação sobre o instituto de terrenos de marinha é, sem dúvida, tarefa difficilima, ante o verdadeiro cahos existente de Alvarás, Circulares, Decisões, Decretos, Instruções, Leis e Ordens.³⁰

Anteriormente a este Aviso, houve o Decreto de 21 de janeiro de 1809 que mandava aforar os terrenos das praias. Nesta fase, foi determinado a Repartição da Marinha a competência para conceder as porções de praia.

Os terrenos de marinha eram colocados à disposição por meio de editais que nem sempre alcançavam toda a população, tendo em vista a restrição de circulação desse meio³¹.

Por sua vez, a lei orçamentária de 15 de novembro de 1831, determinou a cobrança de receita pública pelo Ministério da Fazenda destas rendas.

Daí por diante, a terra de marinha apareceu sempre como o elemento gerador de uma renda registrada nas leis orçamentárias, e a regulamentação de todos os casos que surgiram foi, toda ela, feita por meio de atos administrativos.³²

A primeira legislação a definir o que era terra de marinha foi o Decreto nº. 4105, de 22 de fevereiro de 1868³³. A partir deste momento eles sempre figuraram nas leis orçamentárias anuais, sempre correndo o risco de extinção ou que fossem transferidos para o poder dos Estados.

Nessa fase, os terrenos de marinha eram alvo de disputa entre a União, os Estados, e as Municipalidades, estes dois estavam concedendo terras de marinha, por meio de aforamento, sem o conhecimento da União. Eram tempos de confusão generalizada e as terras de marinha

²⁹ SANTOS, R. D. S. *Terras de Marinha*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 6.

³⁰ Ibid., MENDONÇA, 1901 apud SANTOS, 1985.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Parágrafo 1. São terrenos de marinha todos os que banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis vão até a distância de 15 braças craveiras (33 metros) para a parte de terra, contadas desde o ponto a que chega o preamar médio

eram disponibilizadas ao poder privado no meio deste caos legislativo e administrativo. Pelo artigo primeiro deste decreto os terrenos de marinha poderiam ser concedidos diretamente ou por meio de hasta pública.

Em vista dos interesses opostos dos entes federativos a questão chegou a mais alta corte jurídica do país o STF, que já vinha se pronunciando pela propriedade plena e manutenção do domínio direto da União sobre as terras de marinha. E em decisão em Ação Originária, decidiu em 1905, que terras de marinha não se confundem com terras devolutas, como também não se confundem com próprios nacionais.

No voto em separado dos Srs Ministros Oliveira Ribeiro e Godofredo Cunha, declarou-se que terras de marinha são bens nacionais, sobre as quais a União exerce um direito de soberania ou jurisdição territorial, impropriamente chamado também por extensão, domínio eminentíssimo.³⁴

Essa balbúrdia na verdade só beneficiou as ocupações ilegais e o não recolhimento dos foros, e os Estados, após a decisão, acabavam por incentivar esse comportamento.

Finalmente, os terrenos de marinha e seus acrescidos foram previstos no Código Civil, de 1916 como bens patrimoniais da União. Após foi publicado o Decreto-Lei n. 9760/46, de 5 de setembro de 1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências, estando em vigor até a presente data.

A legislação citada em nada alterou o conceito, a qualificação, a metragem, a utilização do instituto e não foi previsto em qualquer Constituição anterior a de 1988.

2.2 Terrenos De Marinha Fundamentos Jurídicos

Os terrenos de marinha são bens públicos, pertencentes à União Federal, de acordo com o artigo 20, VII, da Constituição Federal: "Art. 20 São bens da União: [...] VII- os terrenos de marinha e seus acrescidos";

Esta foi a primeira previsão constitucional do instituto, anteriormente a 1988 não houve qualquer previsão constitucional das terras de marinha. E a finalidade de estarem os terrenos de marinha compreendidos na definição deste inciso como bens públicos federais, não é outra senão a de que cabe à União promover a defesa nacional, inciso III, do artigo 21: "Compete à União: [...] III- assegurar a defesa nacional."

Os terrenos de marinha quando foram criados tinham como princípio a defesa o território nacional, deixando desimpedida a faixa de terra próxima a costa, impedindo ataques militares, invasões, etc.

³⁴ SANTOS, op. cit., p. 32.

Diógenes Gasparini³⁵ sintetiza a importância dos terrenos de marinha na época:

Depreende-se da leitura da legislação que vigorou no início da efetiva ocupação de nosso território que a finalidade das marinhas estava centrada em quatro aspectos de sua utilização. De fato, eram necessárias, para os serviços de embarque e desembarque de coisas públicas e particulares, para a defesa da cidade e para a obtenção da renda, além de algumas vezes se prestarem para a extração de sal.

Ocorre que na atualidade o papel dos terrenos de marinha não é apenas fronteiriço ou bélico, como o era, no período mais remoto colonial:

[...] os terrenos de marinha tornaram-se para as cidades, hoje, seja do ponto de vista ambiental ou das funções sociais que a propriedade deva cumprir, elemento decisivo para a sua sobrevivência, porque importantes para a preservação de ecossistemas, de cursos d'água, do equilíbrio climático, além de elemento primordial da sua urbanização.”³⁶

No condizente ao conceito estritamente jurídico, para Celso Antônio Bandeira de Mello, terrenos de marinha são:

[...] faixas de terra de 33 metros de profundidade, contados horizontalmente a partir da linha do preamar médio de 1831, para o interior das terras banhadas pelo mar- sejam continentais, costeiras ou de ilhas – ou pelos rios e lagos que sofram a influência das marés, estendendo-se como tal a oscilação periódica em seu nível de águas, em qualquer época do ano, desde que não inferior a 5 centímetros, e decorrentes da ação das marés (artigo 2º e parágrafo único do Decreto-lei n. 9760, de 5 de setembro de 1946).³⁷

Esses terrenos que podem ser classificados segundo Diógenes Gasparini³⁸ em razão da respectiva localização em: continentais, costeiros, insulares, podendo ser situados em zona urbana ou rural, não se confundem com os acrescidos, reservados, de mangue e alodiais e estão incluídos entre os bens imóveis da União, estando sob a administração do Serviço de Patrimônio da União – SPU, órgão do Ministério da Fazenda.

E esta definição não é recente, desde o período colonial, conforme retrata a Ordem Régia de 4 de dezembro de 1678 e, em especial, a Ordem Régia de 21 de outubro de 1710, cujo teor apregoava “que as sesmarias

³⁵ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 8. ed. [S.l.]: Saraiva, 2003. p. 507.

³⁶ ALMEIDA, J. M. D. L. O. Terrenos de marinha: por que a tentativa de extinguí-los é um ataque ao patrimônio público e ao meio ambiente? *Revista de Direito dos Advogados da União*, Brasília, p. 205, outubro 2008

³⁷ FREITAS, G. P. *Loteamento em Terreno de Marinha*. JUSTITIA, p. 84, 1980.

³⁸ GASPARINI, op. cit.

nunca deveriam compreender a marinha que sempre deve estar desimpedida para qualquer incidente do meu serviço, e de defesa da terra".³⁹

Vejamos a respeito da natureza do terreno de marinha que traz a dourada doutrinadora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁴⁰:

Têm “natureza” de bens dominicais, uma vez que podem ser objeto de exploração pelo Poder Público, para obtenção de renda. Sua utilização pelo particular se faz sob regime de aforamento ou enfiteuse, pelo qual fica a União com o domínio direto e transfere ao enfiteuta o domínio útil, mediante pagamento de importância anual, denominada foro ou pensão.”

O artigo 11 do Decreto nº. 24643, de 10 de 1934, qualifica o terreno de marinha como bem dominical, o que significa que o povo não tem livre acesso a eles. Os terrenos de marinha, nessa qualidade, podem ser utilizados privativamente pela União, quer de modo direto, quer por meio da celebração de contratos com terceiros, neste caso o aforamento, cessão e a ocupação⁴¹.

Além do artigo 20, inciso VII, da CF, já mencionado, que arrola os terrenos de marinha entre bens da União Federal, o parágrafo 2º. do artigo 49 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o assunto, assegurando os direitos dos ocupantes de terrenos de marinha inscritos até 1988, data da promulgação da CF.

Na legislação infraconstitucional têm-se as disposições do Decreto-Lei nº. 9760, de 5 de setembro de 1946, que dispõe, de modo geral sobre os bens imóveis da União Federal e Lei nº. 9636, de 15 de maio de 1988, que regulamenta parágrafo 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispondo sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União.

O Decreto-lei n. 9760/46, seguindo a tendência iniciada no século XIX de propiciar o gozo privado e particular das terras de marinha, previu instrumentos de direito público e de direito privado voltados a este objetivo dentre as formas de utilização dos terrenos de marinha são: aforamento ou enfiteuse e ocupação.⁴²

2.3 Terrenos de Marinha e os Novos Paradigmas Constitucionais

Com a publicação da Constituição Federal de 1988 foi inaugurado o Estado Democrático de Direito o qual trouxe em seu bojo novos valores que permeiam as relações do Estado e da sociedade como um todo.

³⁹ NIEBUHR, J. D. M. *Estudos em Homenagem ao Prof. Adilson Abreu Dallari*. Direito Público, p. 356, 2004.

⁴⁰ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴¹ Ibid.

⁴² VALENÇA, D. A. Terrenos de Marinha: trilhas para uma função social. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental- FDUA*, Belo Horizonte, v. 52, n. 9, p. 24-33, jul./ago. 2010.

Além da reafirmação dos direitos individuais, temos uma nova conjuntura de direitos coletivos e difusos, associações civis que reivindicam esses “novos” direitos, dentre eles os do consumidor e do meio ambiente, por exemplo.

O acesso e manutenção da terra também sofreu reformulação, de um direito considerado privado, ele passou a ter contornos públicos, pois a propriedade e a sua utilização não podem mais ser vistos somente sobre o viés puramente particular.

A propriedade, antes vista como direito absoluto, também deverá ser analisada e interpretada como um direito fundamental do homem, permeada pelo respeito aos direitos humanos.

A Constituição Federal previu o direito de propriedade como um direito fundamental e em seu art. 5, incisos XXII e XXIII, atrelou o direito de propriedade ao seu atendimento à função social, mais à frente no artigo 170 também elege entre os princípios fundamentais da ordem econômica, e prevista também nos artigos 156, que prevê impostos municipais e artigo 182 que dispõe a respeito da política de desenvolvimento urbano, além dos artigos 184, 185 que prevê a desapropriação para fins de política agrária.

Todos esses dispositivos impõem ao proprietário privado um dever de agir utilizando sua propriedade desde que com respeito os anseios coletivos. Além do usar, gozar e dispor, deverá atender a sua função social, dentre eles, utilizar a propriedade devidamente e para o bem coletivo, respeitando os direitos ambientais, por exemplo não contaminar o solo, parcelar gleba, etc.⁴³

E quando se analisam as características dos terrenos de marinha na atualidade, como já afirmado no tópico anterior, eles deixam apenas de ser vistos sob o ponto de vista de segurança nacional, para abranger uma importância maior, coletiva, “de gozo e fruição pública das orlas”

E neste contexto da função social, está desdobrada a questão ambiental que é um dos primados da Constituição Federal de 1988, previsto em seu artigo 225 e ss, que enumeram uma gama de princípios próprios aplicáveis à proteção do meio ambiente, *in verbis*:

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

Este é o princípio do desenvolvimento sustentável, que nada mais é do que “a busca e a conquista de um ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento social, o crescimento econômico e a utilização de recursos naturais” nos ensinamentos de Celso Pacheco Fiorillo⁴⁴.

⁴³ JELINECK, R. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil*. Porto Alegre, 2006.

⁴⁴ FIORILLO, C. P. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 25.

O princípio em questão não se constitui em letra morta, mas sim em uma diretriz máxima, que deve ser seguida pelos legisladores, aplicadores da lei, administradores e sociedade no geral. Para o poder público trata-se de regra imperativa e que se sobrepõe a toda interpretação e aplicação da legislação ao caso concreto. Tal observância visa o bem comum, da coletividade como um todo, pois a sua própria existência pode ser colocada em risco se determinadas atividades forem permitidas sem a devida fiscalização e controle.

No mesmo contexto a propriedade da União está vinculada à função social da propriedade, de acordo com o artigo 182 da CF:

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 dos seus habitantes.

Desta maneira, é de ser questão anterior a ser levada em conta na interpretação de qualquer norma, realizada pela Administração, no condizente aos seus terrenos de marinha, hoje explicitada no artigo 1.228 do CC:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com assuas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, desconformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e urbanístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

No caso da questão urbana, a função socioambiental vinculada à propriedade da União, em face dos terrenos de marinha confundir-se-á com as tantas funções sociais da cidade. Esta expressão, hoje inserida no Art. 182, caput, da CF/88, refere-se às “chaves do urbanismo” constantes da Carta de Atenas, que listou as funções às quais a cidade deve se prestar: habitar, trabalhar, recrear e circular. Em todos esses aspectos, a propriedade e o meio ambiente ecologicamente equilibrado estarão presentes. O novo Código Civil também contemplou a função social da propriedade, que calha com as funções sociais das cidades.

Por sua vez, os terrenos de marinha estão situados em zonas costeiras que como define a Resolução n. 1, de 21.11.1990, da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar (CIRM), no subitem 3.2, como:

A área de abrangência dos efeitos naturais resultantes das interações terra-mar-ar, leva em conta a paisagem físico-ambiental, em função dos acidentes topográficos situados ao longo do litoral, como ilhas, estuários, e baías, comporta em sua integridade os processos e interações característicos das unidades ecossistêmicas⁴⁵.

⁴⁵ FREITAS, M. A. P. D. *Zona Costeira e Meio Ambiente. Aspectos Jurídicos*. Curitiba. Juruá. 2009. Curitiba: Juruá, 2009. 21 p.

A lei n. 7661, de 16 de maio de 1988, institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC), com vistas a *“orientar a utilização nacional dos recursos na Zona Costeira, de forma a contribuir para elevar a qualidade da vida de sua população, e a proteção do seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural (art. 2º)”* e também:

Art. 3º. O PNGC deverá prever o zoneamento de usos e atividades na Zona Costeira e dar prioridade à conservação e proteção, entre outros, dos seguintes bens:

I - recursos naturais, renováveis e não renováveis; recifes, parcéis e bancos de algas; ilhas costeiras e oceânicas; sistemas fluviais, estuarinos e lagunares, baías e enseadas; praias; promontórios, costões e grutas marinhas; restingas e dunas; florestas litorâneas, manguezais e pradarias submersas;

II - sítios ecológicos de relevância cultural e demais unidades naturais de preservação permanente;

III - monumentos que integrem o patrimônio natural, histórico, paleontológico, espeleológico, arqueológico, étnico, cultural e paisagístico.

[...]

Art. 10. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.

Sobre os ecossistemas que estão nesta região, são de condição especialíssima e variada, possuindo inúmeras espécies de plantas, bem como animais e vários tipos de solo, como restingas, costões, manguezais, Cintia Maria Afonso afirma:

[...] esses ecossistemas desempenham papel fundamental na manutenção da qualidade de vida: são estabilizadores climáticos e hidrográficos e protetores do solo (é indiscutível seu valor para evitar assoreamento de rios, bem como controlar inundações, além de serem supridores de matéria-prima para consumo humano).”⁴⁶.

Além da preservação da fauna, flora e ecossistema local, visa-se com a criação de áreas de proteção ambiental permanente dar concretude à função social da propriedade, previsto no art. 5º, XXIII, da CF.

Carlos Frederico Marés, citado por Mariana Almeida Passos⁴⁷, ensina:

⁴⁶ Ibid., p. 29.

⁴⁷ FREITAS, op. cit., p. 29.

[...] isso significa que a função social está no bem e não no direito ou no seu titular, porque uma terra cumpre a função social ainda que sobre ela paire algum direito de propriedade ou esteja proibido qualquer uso direto, como, por exemplo nas terras afetadas para a preservação ambiental: a função social é exatamente a preservação do ambiente

Nos termos do artigo 225, parágrafo i, inciso III, da CF, “*cabe ao Poder Público definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos*”. Já o art. 9º, inc. VI, da Lei nº 6938/81 determina que espaços territoriais especialmente protegidos são instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo⁴⁸ destaca:

[...] espaços especialmente protegidos podem estar localizados em áreas públicas ou privadas. Por serem dotados deva tributos ambientais, merecem tratamento diferenciado e especial, porque, uma vez assim declarados, sujeitar-se-ão ao regime jurídico de interesse público.

A CF de 1988, dispõe em seu art. 225, parágrafo 4º, “A Floresta Amazônica Brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”, está inserida na Zona Costeira, que é patrimônio nacional, previsto constitucionalmente e com comando de proteção integral direcionado aos Administradores e Administrados, de preservação ambiental de toda área compreendida.

Corrobora o entendimento Paulo Affonso Leme, também citado por Mariana Almeida Passos⁴⁹:

Dessa forma, os bens listados como de patrimônio nacional, dentre eles a zona costeira, são de interesse público, do interesse de todos os brasileiros, podendo ser do domínio de qualquer um do sentes políticos ou de particulares. A peculiaridade reside no fato de que se encontram submetidos a disciplina jurídica específica em relação a seu uso e gozo, justamente porque tais áreas devem ser protegidas ambientalmente, garantindo-se assim, às futuras gerações, o direito de viver em um ambiente saudável. “a regra geral constitucional tem sua importância não só por indicar ao administrador público, aos particulares e ao juiz que o desenvolvimento econômico não deve ser predatório, como torna claro que a gestão do litoral não interessa somente a seus ocupantes diretos, mas a todos os brasileiros, esteja ele onde estiver, pois se trata de “patrimônio nacional .(g.n.)

⁴⁸ FIORILLO, op. cit.

⁴⁹ LEME apud FREITAS, 2009. p. 42.

E a utilização de acordo com o parágrafo 4º se faz na forma da lei, e a esta norma deve ser dada coercitividade e efetividade, exercida pelo administrador que a aplica.

Por todos estes aspectos destacados, vê-se que os terrenos de marinha adquiriram outra configuração e devem ser tratados sob perspectiva completamente dispare da que ocorreu até então. Antes sob viés de áreas com interesse meramente arrecadatório pela Administração Federal e utilizados de acordo com interesses privados, a partir da nova perspectiva constitucional, adquirem caráter de interesse público e coletivo.

2.4 Das Ilhas: Situação Peculiar

Ilha é uma porção de terra que se eleva acima das águas e por elas está cercada, podendo ser marítima ou fluvial.

De acordo com o artigo 20 da Constituição Federal CF:

São bens da União: I -, IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países, as praias marítimas, as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídass, destas, as áreas referidas no art. 26, II.

Desta maneira a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, as áreas, nas ilhas, costeiras ou não, pertencem à União, salvo no que tange às áreas, dentro dessas ilhas, já tituladas em favor dos Estados, Municípios e terceiros.

Se não houver nenhum registro de que a ilha tenha integrado alguma vez patrimônio estadual, municipal ou privado, ela é considerada, por determinação constitucional, propriedade da União. Se houver proprietário antigo este deverá pagar as taxas decorrentes do regime de aforamento.

Na maioria dos casos as ilhas são bens dominiais da União e cabe a ela por meio da Secretaria de Patrimônio da União o dever de fiscalizar o seu uso, com o seu Poder de Polícia, nos termos do artigo 23, inc. VI, da CF, tal incumbência cabe também aos Estados e Municípios.

E seria o seu dever transferir as áreas ocupadas nas ilhas para os órgãos ambientais, como preceitua o art. 44 da Lei no. 9.985, de 18.07.2000, que dispõe: “as ilhas oceânicas e costeiras destinam-se prioritariamente à proteção da natureza” e não exceção, como vem ocorrendo.

As ilhas têm sido utilizadas privativamente, como sinal de status, do que aproveitadas ambientalmente, o que se caracteriza como verdadeiro desvio de finalidade para com as ilhas brasileiras.⁵⁰ E continua a autora

⁵⁰ FREITAS, op. cit. p. 202.

supracitada a delinear o grave problema que envolve a administração das Ilhas pela União:

A população permanente dessas ilhas é composta de comunidade caiçara, geralmente pescadores que têm ali os meios de trabalho e sobrevivência. Além da comunidade nativa, o espaço das ilhas é partilhado com moradores das cidades, que ali constroem mansões de veraneio, muitas vezes em terreno obtido dos próprios pescadores, sem que haja um título de propriedade e nem mesmo autorização da União para muitas dessas construções.⁵¹

Desta maneira, se verifica o grande interesse financeiro e especulação imobiliária que permeia a utilização destas Ilhas pelos particulares. É de se registrar que em áreas pertencentes a particulares o bem deve ser oferecido primeiramente à União e somente se esta não quiser poderá ser oferecido à terceiro. Pelo interesse social e ambiental que permeiam estas áreas a União deveria sempre reivindicar o domínio para protegê-lo da degradação ambiental.

Outro problema apontado pela mesma autora é que a Secretaria de Patrimônio da União desconhece quantas ilhas existem no país, bem como que a inadimplência é generalizada no condizente ao pagamento de taxa de ocupação e do foro, estes são os dados da reportagem publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, *O governo vai atrás dos donos de nossas ilhas.* (26/01/03):

Dados da Gerência Regional do Patrimônio da União em São Paulo mostram que metade das 25 pessoas a quem oficialmente foi concedido direito de uso de ilhas paulistas está inadimplente com as taxa de ocupação e pode perder a concessão caso não regularize sua situação. “Tem gente devendo muito dinheiro, diz o gerente Newton Ferreira de Andrade, explicando que caso haja perda de domínio por algum particular, a União poderá abrir novas licitações ou transferi-las a órgãos ambientais”.

⁵¹ Mas há também casos de utilização de ilhas com fins de entretenimento, como ocorre em Angra dos Reis/RJ, nas quais, em todos os verões são montados verdadeiros clubes para diversão noturna (v. g Ilha do Ouriço do Arroz e Chivas), como mostra esta notícia: “a Isla oferece de tenda com massagem a restaurante japonês, além de uma pista inacreditável com vista para o mar, um bar com piscina e até uma drogaria que vende Viagra com desconto”. Isto faz com que alguns privilegiados paguem o valor de taxa de ocupação de R\$ 5.000,00 para ter direito ao uso de até 300 mil metros quadrados de ilha. Surpreendentemente notícias nos dão conta de venda e leilão de ilha pertencente a particular, como é o caso da Ilha de Sororoca, localizada no Rio de Janeiro. Leia-se; Quem sempre desejou ter uma ilha própria, mas não encontrava oferta no mercado, já pode tentar realizar o sonho. O primeiro passo, que não deixa de ser outro sonho, é dispor de cerca de 3 milhões. O segundo é disputar o imóvel em um leilão, na próxima quarta-feira. A ilha está situada na vila de Itapuruçá, entre Angra dos Reis e Rio de Janeiro. O proprietário, o arquiteto italiano Eugênio Restelli, quer desfazer-se do pequeno paraíso e 20 mil metros quadrados”. Além do leilão, ilhas são vendidas pela internet. Como se trata de ilhas particulares, supõe-se que haja pagamento de laudêmio para a União, em conformidade com o que determina a lei.: Os anúncios são fantásticos: em Angra dos Reis, uma ilha de 50 mil metros quadrados com casa, píer e água potável vale US\$ 2 milhões. Com o mesmo valor, dá para comprar em Paraty um “paraíso tropical”, com 250 mil metros quadrados, coberto pela mata atlântica. Quem preferir pode alugar a ilha do Pico por US\$ 55,00 a diária ou optar entre vários outros pontos do litoral. Para descobri-los, basta uma pesquisa na internet, em sites nacionais e estrangeiros (FREITAS, 2009)

Por sua vez, a Lei nº 7.661, de 16.05.1988, cujo artigo 3º, assim dispõe:

O PNGC deverá prever o zoneamento de usos e atividades na Zona Costeira e dar prioridade à conservação e proteção entre outros, dos seguintes bens: I - ilhas costeira e oceânicas", bem com a Lei no. 9.985, de 18.07.2000, que determina no art. 44: "as ilhas oceânicas e costeiras destinam-se prioritariamente à proteção da natureza, e sua destinação para fins diversos deve ser precedida de autorização do órgão ambiental competente.".

E conclui a estudiosa:

Tendo as ilhas grande valor ambiental e sendo áreas especialmente protegidas, conclui-se que sua ocupação deve ser controlada, limitada ou até mesmo vedada, especialmente quando cobertas de vegetação igualmente protegida [...]. As ilhas costeiras servem de abrigo para várias espécies marinhas, incluindo aves migratórias e locais, que as utilizam como área de descanso ou de nidificação e também mamíferos marinhos, peixes e outros invertebrados aquáticos, cujo habitat característico são as margens rochosas⁵².

3 DA UTILIZAÇÃO DOS TERRENOS DE MARINHA PELOS PARTICULARS

3.1 Do Aforamento ou Enfiteuse

A título de registro, é de se observar que o aforamento ou a enfiteuse é utilizada pelo Direito Civil e pelo Direito Público com diferenças pontuais. O antigo Código Civil tratava do assunto nos artigos 678 e ss. O artigo 2038 do Novo Código Civil proíbe a constituição de novas enfiteuses, subordinando as atuais existentes até sua extinção a serem reguladas pelas disposições do antigo Código Civil. Em seu parágrafo 2º o mesmo artigo ressalva que a enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial, com regime jurídico público.

O parágrafo 2º, do artigo 64, do Decreto-lei n. 9760/46, "*o aforamento se dará quando coexistirem a conveniência de radicar-se o indivíduo ao solo e de manter-se o vínculo da propriedade pública*"

Nos termos do art. 99 e seguintes do Dec. Lei n. 9760/46, a aplicação do regime de aforamento a determinado imóvel compete ao SPU e depende de prévia autorização do Presidente da República e, conforme o caso, de prévia audiência dos Ministérios do Exército, da Marinha, da Aeronáutica, da Agricultura, etc.

O aforamento é espécie de contrato através do qual se transfere direito real sobre o bem imóvel alheio. Nele, ocorre o desdobramento do domínio. Efetiva-se o desdobramento do domínio entre o efetivo proprietário,

⁵² FREITAS, p. 200.

apelidado de senhorio, e aquele que recebe o direito real sobre o imóvel, apelidado de foreiro ou enfiteuta. O senhorio é titular do domínio direto, enquanto o foreiro do domínio útil, o que outorga a ele amplos poderes sobre a coisa, podendo aproveitá-la como se ela o pertencesse. O foreiro conserva esses direitos perpetuamente, podendo transferi-los aos seus herdeiros ou a terceiros, de modo gratuito ou oneroso.⁵³

OU seja, o enfiteuta ou foreiro tem a posse do bem com as respectivas ações, cabendo-lhe os frutos e produtos da coisa, e pode alienar o direito, onerosa ou gratuitamente, assim como transferi-lo por herança. Obriga-se a conservar o bem, a pagar o foro anual e denunciar a alienação do domínio útil ao senhorio direto, para que este receba o laudêmio (percentual sobre o preço) ou exerça o seu direito de preferência.

O aforamento atribuindo a não proprietário da coisa o direito sobre suas utilidades e frutos, inclusive o de alienar esse direito e de hipotecá-lo, é, assim, mais amplo que o usufruto, pois o usufrutuário usa o bem, apropriando-se de seus frutos, mas não pode alienar seu direito.⁵⁴

Em contrapartida, o foreiro deve pagar anualmente à União o foro correspondente a 0,6% do valor do respectivo domínio pleno (caput artigo 101, Decreto-Lei 9760/46), bem como, em caso de transferência onerosa de aforamento- que deve contar com o assentimento da União, que exerce direito de preferência deve pagar laudêmio de 5%, conforme art. 102 do mesmo Decreto.

O aforamento pode se extinguir pela inadimplência do foreiro, por três anos consecutivos ou quatro anos intercalados, art. 101 do mesmo Decreto, ou mesmo por acordo entre as partes (senhorio e foreiro) ou remição do foro, a critério do Presidente da República.

Não obstante, a maioria dos terrenos de marinha está sujeita à mera ocupação.

3.2 Da Ocupação

Em paralelo ao contrato de aforamento ou enfiteuse, a União passou a permitir que particulares utilizem de terrenos de marinha, expedindo em favor deles certificados de ocupação. Essa foi uma construção legal, como veremos, mais um ato de tolerância da Administração Pública em face dos fatos, do que um instituto jurídico tradicionalmente delineado. Acrescente-se que de acordo com nossa pesquisa não há nada similar no direito comparado.

Tendo em vista a apropriação e utilização dos particulares dos terrenos de marinha ao longo dos anos e completa ausência do Poder Público, no condizente a ordenar e fiscalizar a utilização destas áreas, foram feitas

⁵³ NIEBUHR, op. cit., p. 363.

⁵⁴ SCHAEFER, J. J. R. *A posse em terras de marinha.* n. 98, p. 12. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis-SC, v. 98, n. ano XXVI, p. 12, 2. Trimestre 2002

dezenas de tentativas com a publicação de leis, geralmente tardias, com a finalidade de normatizar as situações de fato. E verificamos que todos esses atos normativos tinham a finalidade de remediar o que já estava consolidado.

O regime de ocupação, de acordo com o autor João Raymundo Silva, foi instituído em 31 de dezembro de 1920, pelo então Presidente da República Epitácio Pessoa, através do Decreto de n. 14.595, que disciplinava o inciso V do artigo, da Lei 3.595, de 31 de dezembro de 1919⁵⁵, este mesmo decreto dispôs a respeito da cobrança de taxa de ocupação, prevendo em seu artigo 8º que houvesse declaração do próprio contribuinte a respeito da área ocupada.

Em seu artigo 10 criou *“turma de reconhecimento de terrenos de marinha”* que seria um órgão composto de servidores públicos de cunho interdisciplinar, engenheiros, agrônomos, arquitetos, que daria início ao cadastramento e delimitação dos terrenos de marinha ocupados, iniciando os trabalhos pela cidades mais importantes do litoral.

O Artigo 16, deste mesmo decreto, já previa pagamento de laudêmio sob transmissão destes terrenos de marinha quando fossem vendidos ou doados.

Após vinte anos das primeiras legislações que tratavam a respeito da ocupação, houve a publicação de uma sucessão de decretos dando prazo de 180 dias para que se regularizassem as ocupações (Decreto-lei nº. 2490, 16.08.40, em seu art. 5º, Decreto-lei nº. 3050 13.02.41, Decreto-lei nº. 3205 22.04.41, fixa o prazo de sessenta dias e mais sessenta dias e Decreto-lei nº. 3721 01.10.41 prorroga o prazo em mais 90 dias, Decreto-lei nº. 4034 de 19.01.42 em mais noventa dias, Decreto-lei nº. 5666 15.07.43, em seu art. 9 prazo de 6 meses improrrogável, Dl 7278, 29;01;45, novo prazo)

O governo pretendia que as ocupações, consideradas indesejáveis em um primeiro momento, se tornassem aforamentos devidamente legalizados.

Com a publicação do Decreto-lei 4120, 21.02.42, foi determinado que só seriam concedidos aforamentos restritamente, *in verbis*:

A concessão de novos aforamentos de terrenos de marinha e de seus acréscidos só será feita, a critério do governos, para fins uteis, restritos e determinados, expressamente declarados pelo requerente” “art. 2 serão mantidos todos os aforamentos que na data de publicação do presente decreto-lei estiverem perfeitamente legalizados

E a intenção governamental era de que somente aqueles que tivessem legalmente ocupando terrenos de marinha e estivessem em dia com o pagamento de laudêmios continuassem em posse dos terrenos. Por isso durante praticamente cinco anos foram concedidos prazos e mais prazos para que se efetassem regularizações das ocupações.

⁵⁵ NIEBUHR, op. cit., p. 364.

Em vários desses decretos foi disposto que após certa data não seriam permitidas novas ocupações e aquelas que não se regularizassem e não se tornassem aforamentos seria efetuada a retomada pelo Poder Público.

No entanto, nada foi feito pela União Federal para que se reintegrassem essas áreas e nem mesmo que fossem regularizadas as ocupações, que se perduraram no tempo e foram consentidas pela Administração ano após ano.

O problema maior é que a ocupação sequer constitui posse, é um mero consentimento do Poder Público, para que aquele particular utilize aquele terreno:

A ocupação constitui de mera tolerância por parte da União, que consente na utilização por terceiros, dos seus terrenos de marinha. Diferentemente do aforamento ou enfiteuse – em que há divisão entre o domínio útil (do foreiro) e o domínio direto (da União), conferindo série de prerrogativas ao foreiro ou enfiteuta – na ocupação o domínio pleno permanece nas mãos da União, ou seja, não há divisão de domínio, o bem pertence integralmente a ela, sem que assistam maiores direitos aos ocupantes. Trata-se, a rigor, de ato administrativo unilateral e precário, realizado, historicamente, sem critério algum, em desalinho ao preceito isonômico, pelo que, através dele, se concedeu uma série de privilégios a apadrinhados.⁵⁶

O regime de ocupação, atualmente continua disciplinado nos artigos 127 e 132 do Decreto-Lei nº. 9760/46 e pela Lei nº 9636, de 15 de maio de 1998, alterada pela Lei nº. 11.481/2007. Da leitura dos dispositivos lê-se:

Art. 127. Os atuais ocupantes de terrenos da União, sem título outorgado por esta, ficam obrigados ao pagamento anual da taxa de ocupação.

§§ 1º e 2º (Revogados pelo Decreto-lei nº 2.398, de 1987)

Art. 128. Para cobrança da taxa, a SPU fará a inscrição dos ocupantes, ex officio, ou à vista da declaração destes, notificando-os para requererem, dentro do prazo de cento e oitenta dias, o seu cadastramento. (Redação dada pela Lei nº 9.636, de 1998)

§ 1º A falta de inscrição não isenta o ocupante da obrigação do pagamento da taxa, devida desde o início da ocupação. (Redação dada pela Lei nº 9.636, de 1998)

§ 2º A notificação de que trata este artigo será feita por edital afixado na repartição arrecadadora da Fazenda Nacional, publicado no Diário Oficial da União, e mediante aviso publicado três vezes, durante o período de convocação, nos dois jornais de maior veiculação local. (Incluído pela Lei nº 9.636, de 1998)

56 NIEBUHR, op. cit., 365.

§ 3º Expirado o prazo da notificação, a União imitir-se-á sumariamente na posse do imóvel cujo ocupante não tenha atendido à notificação, ou cujo posseiro não tenha preenchido as condições para obter a sua inscrição, sem prejuízo da cobrança das taxas, quando for o caso, devidas no valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno, por ano ou fração. (Incluído pela Lei nº 9.636, de 1998)

Arts. 129 e 130. (Revogados pelo Decreto-lei nº 2.398, de 1987)

Art. 131. A inscrição e o pagamento da taxa de ocupação, não importam, em absoluto, no reconhecimento, pela União, de qualquer direito de propriedade do ocupante sobre o terreno ou ao seu aforamento, salvo no caso previsto no item 4 do artigo 105. (g.n.)

Art. 132. A União poderá, em qualquer tempo que necessitar do terreno, imitir-se na posse do mesmo, promovendo sumariamente a sua desocupação, observados os prazos fixados no § 3º, do art. 89.

§ 1º As benfeitorias existentes no terreno somente serão indenizadas, pela importância arbitrada pelo S.P.U., se por este for julgada de boa-fé a ocupação.

§ 2º Do julgamento proferido na forma do parágrafo anterior, cabe recurso para o C.T.U., no prazo de 30 (trinta) dias da ciência dada ao ocupante.

§ 3º O preço das benfeitorias será depositado em Juízo pelo S.P.U., desde que a parte interessada não se proponha a recebê-lo

Lei. 9636/2007.

Art. 7º A inscrição de ocupação, a cargo da Secretaria do Patrimônio da União, é ato administrativo precário, resolúvel a qualquer tempo, que pressupõe o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante, nos termos do regulamento, outorgada pela administração depois de analisada a conveniência e oportunidade, e gera obrigação de pagamento anual da taxa de ocupação.

§ 1º É vedada a inscrição de ocupação sem a comprovação do efetivo aproveitamento de que trata o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

Com efeito, a ocupação é ato precário e resolúvel a qualquer tempo e aquele que ocupa o bem desprovido de título outorgado pela União deve proceder ao pagamento da taxa de ocupação, na forma do Decreto regulamentador n. 2398/87, in verbis:

Art. 1º A taxa de ocupação de terrenos da União, calculada sobre o valor do domínio pleno do terreno, anualmente atualizado pelo Serviço do Patrimônio da União (SPU), será, a partir do exercício de 1988, de:

I -...

II - 5% (cinco por cento) para as ocupações cuja inscrição seja requerida ou promovida *ex officio*, a partir de 1º de abril de 1988.

I - 2% (dois por cento) para as ocupações já inscritas e para aquelas cuja inscrição seja requerida, ao SPU, até 30 de setembro de 1988.

O ocupante não goza das mesmas garantias do foreiro ou enfiteuta, podendo, caso a União necessite do imóvel, ser sumariamente desapossado da área, recebendo, a título de indenização, apenas o valor das benfeitorias arbitrado pelo SPU.

Saliente-se que houve a publicação de um Decreto-lei nº. 1561/77, que negava direito à qualquer indenização. Assim, quem tivesse realizado benfeitorias antes de 13 de julho de 1977, data da publicação do referido decreto, não teriam em tese direito a qualquer indenização sobre benfeitorias. Porém, não se pode pelo princípio da boa-fé e moralidade administrativa não se indenizar benfeitorias necessárias realizadas pelo ocupante.

Com a publicação da Lei nº. 9636, de 15 de maio de 1998, sucessora da Medida Provisória nº. 1567, de 14 de fevereiro de 1997, algumas alterações foram promovidas no sistema de gerenciamento dos bens públicos e dos terrenos de marinha e seus acréscidos, sendo que em seu artigo 1º preceitua que o objetivo dela consiste em regulamentar as ocupações e promover a utilização ordenada dos bens da União.

O artigo 9º da mesma lei vedava a inscrição de ocupações que ocorreram ou que ocorram após 15 de fevereiro de 1997 ou que estejam comprometendo áreas de uso comum, de segurança nacional, de preservação ambiental, das necessárias à proteção de ecossistemas naturais, das reservas indígenas, das ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos, das vias federais de comunicação, das reservadas para construção de hidroelétrica ou congêneres. A primeira parte que veda as inscrições de ocupação foi revogada pela Lei nº 11.481/2007, sendo agora vedada as inscrições de ocupação a partir de 27 de abril de 2006, a segunda parte do artigo foi dada nova redação, porém mantida as disposições.

A inscrição de ocupação na Secretaria da Patrimônio da União e o pagamento de taxa não conferem ao ocupante o direito de propriedade ou ao aforamento (art. 131 do Decreto-Lei n. 9760/46. A União reserva o direito de, a qualquer tempo, imitir-se na posse dos imóveis então ocupados (artigo 132 do mesmo Decreto-Lei)

A Inscrição de ocupação, embora regime precário de ocupação do bem, se apresenta como a forma de promover a regularização da posse sobre o imóvel ocupado e será deferida sempre que não houver interesse público na utilização do imóvel, e quando forem observadas as normas ambientais e posturas municipais aplicáveis.

No artigo 12 da mesma Lei se dispõe que os terrenos de marinha ocupados por terceiros poderão ser aforados, mediante leilão ou concorrência pública e em seu artigo 13, que será dada preferência a quem, comprovadamente, em 15 de fevereiro de 1997, já ocupava o imóvel há mais de um ano e esteja, até a data da formalização do contrato de alienação do domínio útil, regularmente inscrito como ocupante e em dia com suas obrigações junto a Secretaria do Patrimônio da União. Tal direito de preferência redunda na prerrogativa em favor do ocupante de não se sujeitar à concorrência ou a leilão para celebrar o aforamento.

Ele, o ocupante, é notificado pela Secretaria do Patrimônio da União a respeito do preço mínimo para o aforamento, que deve ser celebrado no prazo de seis meses a contar da notificação, prazo esse sujeito à prorrogação por outros seis meses, a pedido do interessado. O ocupante deve pagar pelo domínio útil apenas o preço mínimo, que pode ser quitado à vista; no ato da assinatura do contrato (inciso I do artigo 14 da Lei em comento), ou mediante entrada mínima de 10% (dez por cento) do preço, a título de sinal e princípio de pagamento, e do saldo em até cento e vinte prestações mensais e consecutivas, devidamente atualizadas, desde que o término do parcelamento não ultrapasse a data em que o adquirente complete oitenta anos de idade (inciso II do mesmo artigo). Esclareça-se que, através dessa operação, os então ocupantes não adquirem o domínio pleno dos terrenos de marinha, porém apenas o domínio útil, sujeitando-se ao regime de aforamento ou enfiteuse⁵⁷.

Deste modo, tem-se que a ocupação, situação de fato, de ilegal e indesejável pelo Poder Público, na atualidade é protegida pela legislação, porém desestimulada, pois há dispositivo que incentiva que se torne um aforamento e a proíbe a partir de 27 de abril de 2006.

Por outro lado, há de se reconhecer o esforço da lei em adequar os seus ditames a função social da propriedade, abarcando dispositivos que reconhecem a existência de ocupações irregulares realizadas pela população carente, sem acesso à terra. E as mudanças efetuadas pós Constituição de 1988 e no caso específico a lei nº 11481/07, que veio alterar dispositivos da Lei nº 9636/98, trouxe alguns novos institutos e reeleituras, por exemplo, foi acrescentado ao artigo 6º da Lei nº 9636/98, o instituto de regularização fundiária de interesse social:

§ 1º Nas áreas urbanas, em imóveis possuídos por população carente ou de baixa renda para sua moradia, onde não for possível individualizar as posses, poderá ser feita a demarcação da área a ser regularizada, cadastrando-se o assentamento, para posterior outorga de título de forma individual ou coletiva

⁵⁷ NIEBURH, op. cit., p. 366.

Nesta mesma linha, foi alterado o decreto nº. 1876/81 isentando a população de baixa renda do pagamento de foros, laudêmios e taxas de ocupação.

Destaca-se ainda, que o artigo 7º da Lei nº 9636/98, que foi alterado para deixar explícito que deve haver efetivo aproveitamento do bem pelo ocupante, excetuando-se áreas de interesse social e de assentamentos informais. Dessa forma, registre-se o cunho altamente social desta lei que reconheceu o direito de moradia, principalmente aos assentamentos informais, cite-se também o artigo 22-A acrescentado que também previu a concessão de uso especial para fins de moradia.

Há de se destacar também que as alterações legislativas promovidas pela Lei n. 11481/07 também previram a preservação ambiental, já que no artigo citado acima artigo 9º o qual vedou ocupações que prejudicassem o meio ambiente, reservas indígenas, etc.

Todos estes institutos contemplaram amplamente a função social da propriedade.

Essas são as linhas gerais acerca do instituto de ocupação, que a um primeiro momento aparenta ser um instituto simples, sem grandes complexidades jurídicas, no entanto na prática, possibilitou e continua possibilitando desvirtuamentos, dando azo inclusive a indevida transferência do patrimônio público ao domínio privado, a qual abordaremos com mais profundidade no tópico a seguir.

3.3 Legislação Ocupação sob os Novos Paradigmas Constitucionais Críticas

Conforme se observa da leitura histórica, desde tempos imemoriais, o tratamento dado as terras públicas em termos gerenciais foi de completa displicência e desorganização por parte do Poder Público.

O objetivo da Administração Pública foi o de explorar ao máximo os recursos que seriam provenientes dessas terras sem qualquer contrapartida governamental e se possível transferindo alguns ônus ao particular.

Como vimos a própria demarcação foi relegada por vários dispositivos legais aos próprios ocupantes, sendo que sequer a sua proprietária, a União Federal soubesse ao certo quais seriam os limites dos seus terrenos, o que persiste até a atualidade, por volta apenas de 25% dos terrenos pertencentes à União Federal no Estado de São Paulo, por exemplo, são demarcados.⁵⁸

Mais especificamente no tocante a ocupação dos terrenos de marinha, não foi diferente.

Inúmeras leis, na década de 40, se sucederam tentando regular a matéria e acabar com as ocupações que seriam irregulares, ou pelo

⁵⁸ Informação pela SPU/SP

menos eram vistas indesejáveis pelo Poder Público, já que sempre se objetivou que se tornassem aforamentos.

Aqueles que não se enquadravam nos requisitos legais teriam as áreas que ocupavam retomadas via desapropriação, o que de fato nunca ocorreu, perpetuando no tempo as ocupações consideradas ilegais.

E a conjuntura atual das ocupações nos terrenos de marinha foi delineada por esse comportamento omisso do Estado no trato com o seu patrimônio imobiliário. Ocorre que essa omissão, no caso do Poder Público, tem sérias consequências jurídicas, pois mesmo possuindo prerrogativas e poderes, há deveres expressos de zelar pelo seu patrimônio vejamos:

[...] ordem jurídica atribuiu a Administração Pública, poderes instrumentais de demarcação, discriminação, cadastramento e arrecadação de imóveis públicos. Porém, diante da inércia da Administração Pública, a própria legislação começou a estabelecer prazos para o exercício desses poderes, transformando-os em deveres poderes que, quando descumpridos, constituem violação da lei, passíveis de sanções jurídicas", ainda mais na atualidade em vista da necessidade de se respeitar e cumprir a função social da propriedade⁵⁹.

Decerto, como a União Federal nunca cumpriu o seu dever de demarcar e delimitar suas terras previsto no decreto-lei n.9760/46 a União não consegue exercer o seu direito de sequela e excluir a ocupação de particulares (terceiros) sem antes instaurar o processo discriminatório, no caso dos terrenos de marinha delimitar a linha de preamar médio e delimitar os limites dos terrenos de marinha⁶⁰.

E instrumentos legais não faltam na lei que dispõe a respeito da retomada de imóveis ilegalmente ocupados, turbados ou abusos similares, o artigo 20, do Decreto-Lei nº 9760/46, dispõe que os remédios legais comuns devem ser utilizados para que se promova a retirada daquele que está ilegalmente na posse ou ocupação do imóvel da União e o artigo 63, que expressamente prevê que aquele que ocupa ilegalmente imóvel da União deverá imediatamente recuperar a posse do imóvel esbulhado.

E o que acontece corriqueiramente é simplesmente cobrar a taxa de ocupação, tanto daqueles que ocupam legalmente quanto dos que ocupam ilegalmente, mas não se procede a retomada destes terrenos.⁶¹

59 ABE, N. D. C. *Gestão do Patrimônio Público Imobiliário*. São Paulo: J.H.Mizuno, 2006.

60 Ibid.

61 Em contato com a SPU/SP não foi possível se consultar sistemas, mas em relação a retomadas ou desapropriações de áreas ocupadas simplesmente isso não ocorre, o máximo é a desapropriação efetivada em locais que são bens públicos de uso comum, como praias, no qual a ilegalidade é flagrante

No entanto, o que era para ser exceção e se extinguir se tornou a regra. A ocupação, que sequer se configura posse, mas mero “estar utilizando” terras alheias e públicas se tornou o usual e devidamente legalizado.

E o mais grave, no Estado de São Paulo o número de ocupações legalizadas é ínfimo em certos municípios, deste modo podemos concluir que muitas das ocupações sequer estão legalizadas.⁶²

E temos esse comportamento como algo tradicionalmente efetivado pelo Poder Público, desde os tempos das sesmarias, que veio refletir nos dias atuais, como a facilitação da transferência de terras públicas ao patrimônio privado já que “*o papel do governo era legitimar a propriedade privada como algo subtraído do governo*”, por segundo a herança da confusão jurídica, inúmeras leis foram criadas com o intuito de organizar, mas só contribuíram em dificultar o acesso igualitário dos cidadãos, pois, diante de tanta complexidade e meandros legais “*somente aqueles eu estavam no poder podiam dominá-las*” e de fato o acesso a essas terras sempre foi em sua grande parte facilitado as elites

A legislação portanto, teve que contemplar o instituto e tentar regrá-lo, mesmo que tardiamente, porque de fato a maior parte dos terrenos pertencentes à União Federal é ocupado e não aforado.

Apesar de ser o instituto mais comumente utilizado (67% dos imóveis cadastrados são ocupados) a extensão dos imóveis ocupados é menor do que das áreas aforadas que, em algumas cidades, chegam a constituir pequenos latifúndios urbanos.⁶³

Muitos doutrinadores entendem que o instrumento de inscrição de ocupação representa “*o ápice do interesse arrecadatório da União nos de marinha*”, com o qual não concordamos, comungando com o excerto abaixo⁶⁴:

A visão de que o Estado penaliza particulares que ocupam terras da União com seus tributos não enxerga que, na verdade, esses particulares se apropriam de uma mais –valia extraordinária, devido às localizações privilegiadas de tais terras, situadas a beira mar.

⁶² Imóveis ocupados devidamente cadastrados, dados da SPU/SP 16; BERTIOGA 16 CANANEIA 39; CARAGUATATUBA 1372; CRUZEIRO 1; CUBATAO 122; GUARATINGUETA 2; GUARUJA 6487; GUARULHOS 1; IGUAPE 1180; ILHA COMPRIDA 1588; ILHABELA 192, ITANHAEM 255; MONGAGUA 147; PERUIBE 24; PRAIA GRANDE 3456; SANTOS 18927; SAO PAULO 4; SAO SEBASTIAO 1190; SAO VICENTE 9882; UBATUBA 950, AFORADOS muitos dos municípios litorâneos de São Paulo não possuem imóveis aforados, CUBATÃO 294, GUARUJA 564; SANTOS 4814, SÃO VICENTE 2599. Destaca-se o número insignificante de ocupações regularizadas em determinados municípios litorâneos apesar de terem sua faixa litorânea bastante urbanizada e por consequência com a faixa de terrenos de marinha possivelmente ocupados.

⁶³ Disponível em: <<http://enffufabc.files.wordpress.com/2011/12/terras-pc3babilicas-revista-fc3b3rum-29-maio.pdf>>.

⁶⁴ VALENÇA, op. cit.

De fato, o que se verifica em grande parte de ocupações que ocorrem nos terrenos de marinha é o acesso a áreas extremamente cobiçadas, no qual há natureza exuberante, o mar, acesso ao lazer e aqueles que ocupam de fato tem grande vantagem na utilização daqueles terrenos, devemos analisar qual seria afinal o benefício social em dar acesso a utilização individual de áreas que geralmente estão inseridas em terrenos protegidos ambientalmente e de potencial possibilidade de degradação ambiental, sem falar no fator de grande especulação imobiliária que ocorrem nestes locais.

Não obstante, estudando as leis que dispõem a respeito da ocupação de terrenos de marinha, verificamos algumas incongruências e fragilidades, o que também pode colaborar para a sua aplicação inadequada e ineficiente pela Administração. As leis que regem a ocupação são extremamente lacunosas e com conceitos jurídicos indeterminados que remetem sua interpretação e aplicação a regulamentos administrativos.

Os requisitos para requerer a inscrição de ocupação são ocupar área o qual não haja nenhum óbice em ser ocupada, como por exemplo, áreas de uso de bem comum, logradouros públicos ou que estejam sub judice por exemplo não podem ser ocupadas, bem como as que incida necessidade segurança nacional, de preservação ambiental ou necessárias à preservação dos ecossistemas naturais, onde ocorra regularização fundiária de interesse social, reservas indígenas, vias federais de comunicação e das áreas reservadas para construção de hidrelétricas ou congêneres (art. 9, Lei nº 9636).

Outro requisito é comprovar a ocupação, com a realização de benfeitorias e construções no terreno, os regulamentos administrativos dispõem as áreas máximas de terreno com relação a área construída e o tempo de ocupação, a fim de se estabelecer em qual normativo legal aquela ocupação se enquadraria e se era permitida.

Além desses requisitos citados, o ocupante deverá provar o “efetivo aproveitamento” das terras, esse termo extremamente vago e indeterminado que remete sua compreensão as exigências do regulamento, tem suas raízes no período colonial, no qual:

[...] as posses eram reconhecidas como legítimas se fossem cultivadas intensamente durante um longo período de tempo e quanto que apresentassem uma produção evidente e regular. Esse comportamento derivado das sesmarias que seriam dar o tratamento produtivo a terra revertendo em benefício coletivo, mesmo que ocupando áreas ilegais, persiste até hoje com inúmeras ambiguidades a respeito do que seja uma posse produtiva e improdutiva, invasão e propriedade. A posse produtiva aliada ao pagamento de impostos, resultaram com o tempo nas elites dominando as terras públicas, pois somente elas poderiam produzir e pagar impostos

“elas podiam (elites latifundiárias) assim tirar vantagens da ambiguidade contidas nos incentivos ao cultivo das terras, anexando grandes áreas as suas propriedades, as quais eram posteriormente legalizadas.⁶⁵

Vê-se portanto, que os requisitos exigidos para a inscrição de ocupação são extremamente vagos e de difícil comprovação, bem como praticamente deixam a cargo da discricionariedade da Administração a sua concessão e está exposta a falta de controle em sua fiscalização, nos valemos das palavras de texto contundente a respeito das leis que regem as terras brasileiras:

[...] a lei da terra, nos seus próprios termos, é tão confusa, indecisa e disfuncional” que ao invés de solucionar os conflitos, os insuflaria [...] “E possível suspeitar que as causas dessas características não sejam *somente* incompetência e corrupção, mas a força de um conjunto de intenções subjacentes às suas construção e aplicação, intenções essas bem diferentes daquelas voltadas para as resoluções das disputas. Assim, argumento que a lei brasileira produz regularmente, nos conflitos de terra, procedimentos e confusão irresolvíveis; que essa irresolução jurídico-burocrática às vezes dá início a soluções extrajudiciais; e que essas imposições políticas, inevitavelmente, terminam por legalizar algum tipo de usurpação. Em suma, a lei de terra no Brasil promove conflito, e não soluções, porque estabelece os termos através dos quais a grilagem é legalizada de maneira consistente. É, por isso, um instrumento de desordem calculada, através do qual práticas ilegais produzem lei, e soluções extralegais são introduzidas clandestinamente no processo judicial. Nesse contexto repleto de paradoxos, a lei é um instrumento de manipulação, complicação, estratagema e violência, através do qual todas as partes envolvidas - dominadoras ou subalternas, o público e o privado - fazem valer seus interesses. A lei define, portanto, uma arena de conflito na qual as distinções entre o legal e o ilegal são temporárias e sua relação é instável.

Analisaremos a seguir os regulamentos a respeito do instituto e sua aplicação.

⁶⁵ HOLSTON, J. *Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil*. Disponível em: <www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_21/rbcs21_07.htm>. Acesso em: 13 jul. 2013.

Antecipando dessa maneira um novo mecanismo de legalização, posterior à extinção das sesmarias, os invasores da elite reivindicavam posses enormes, maiores até que as concessões reais, e marcavam seu empenho nas atividades agrícolas com uma carroça e um curral, quando muito. Nas terras mais afastadas, os invasores reivindicavam o quanto sua imaginação permitia; nas áreas mais povoadas, a pretensão ia até onde conseguiam levá-la.⁽²⁶⁾ Esses invasores da elite assim consagraram uma estratégia fundamental e duradoura de aquisição de terra no Brasil: como ausurpação geralmente dava início à legalização, elas confirmaram a invasão de terra como uma maneira segura de obter direitos legais de propriedade.

3.4 Estudo das Instruções Normativas Aplicadas pela SPU

A Secretaria de Patrimônio da União tem como responsabilidade máxima zelar e administrar o patrimônio imobiliário da União Federal, a seguir elencados a síntese de suas atribuições:⁶⁶

- administrar o patrimônio imobiliário da União e zelar possua conservação;
- adotar as providências necessárias à regularidade dominial dos bens da União;
- lavrar, com força de escritura pública, os contratos de aquisição, alienação, locação, arrendamento, aforamento, cessão e demais atos relativos a imóveis da União e providenciar os registros e as averbações junto aos cartórios competentes;
- promover o controle, fiscalização e manutenção dos imóveis da União utilizados em serviço público;
- administrar os imóveis residenciais de propriedade da União destinados à utilização pelos agentes políticos e servidores federais;
- estabelecer as normas de utilização e racionalização dos imóveis da União utilizados em serviço público;
- proceder à incorporação de bens imóveis ao patrimônio da União;
- promover, diretamente ou por intermédio de terceiros, avaliação de bens imóveis da União para as finalidades previstas em lei;
- promover a alienação dos imóveis da União não utilizados em serviço público, segundo regime estabelecido na legislação vigente;
- conceder aforamento e remição, na forma da lei;
- promover a cessão onerosa ou outras outorgas de direito sobre imóveis da União admitidas em lei;

⁶⁶ Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?cat=67&sec=9>>.

- efetuar a locação e o arrendamento de imóveis de propriedade da União;
- *autorizar a ocupação de imóveis da União na forma da lei, promovendo as correspondentes inscrições;*
- estabelecer as diretrizes para a permissão de uso de bens imóveis da União;
- processar as aquisições de bens imóveis de interesse da União;
- *adotar as providências administrativas necessárias à discriminação, à reivindicação de domínio e reintegração de posse dos bens imóveis da União;*
- disciplinar a utilização de bens de uso comum do povo, adotando as providências necessárias à fiscalização de seu uso;
- promover a doação ou cessão gratuita de imóveis da União, quando presente o interesse público;
- proceder à demarcação e identificação dos imóveis de propriedade da União;
- formular política de cadastramento de imóveis da União, elaborando sua planta de valores genéricos;
- formular política de cobrança administrativa e de arrecadação patrimonial, executando, na forma permitida em lei, as ações necessárias à otimização de sua arrecadação;
- *manter sob sua guarda e responsabilidade os documentos, títulos e processos relativos aos bens imóveis do domínio e posse da União; e*
- coligir os elementos necessários ao registro dos bens imóveis da União e aos procedimentos judiciais destinados à sua defesa. (g.n.)

Desta forma, verifica-se que dentre suas atribuições pode conceder, na forma da lei, o aforamento e autorizar a ocupação de imóveis da União, bem como deve manter sob sua guarda e responsabilidade os documentos, títulos e processos relativos aos bens imóveis da União e realizar as desapropriações e retomadas de imóveis que estão sendo utilizados ilegalmente por particulares. A Secretaria de Patrimônio da União, portanto, é o órgão

gestor das terras públicas pertencentes à União Federal, tendo sido criado em 1854, com o nome de Repartição Geral de Terras Públicas.

No condizente especificamente a inscrição de ocupação, faremos uma análise de todas as ordens de serviço aplicáveis aos requerimentos de inscrição de ocupação, desde o ano de 1977 até os dias atuais, para melhor visualização e estudo dos requisitos administrativos exigidos.

Verifica-se que o Decreto-Lei nº 1.561/1977 e Ordem de Serviço nº 3/1977, que teve vigência de 13/07/1977 até 29/03/1981, elencava como princípios básicos:

- 1 - veda a ocupação gratuita de terrenos da União (item 1.1).
- 2 - a inscrição, ressalvados os casos de preferência ao aforamento, terá sempre caráter precário (item 1.2)
- 3 - Poderá ser concedido o aforamento mediante o pagamento do preço do domínio útil, nas condições do artigo 4º (Decreto-lei 1561/1977)
- 4- A inscrição será mantida enquanto não contrariar o interesse público (item 1.3)

Estabelecendo as restrições, nas quais não será inscrita a ocupação de terrenos:

- a) Que constituam bens de uso comum;
- b) Destinados a logradouros públicos.
- c) Presumidamente passíveis de inscrição com preferência ao aforamento;
- d) Que estejam sub judice.

Discriminando como condições

5 - *Será inscrita somente a área efetivamente ocupada, comprovada a data de início da ocupação (item 11.10).*

6 - *Considera-se efetivamente ocupada a área beneficiada, em sua totalidade, com construções ou benfeitorias de qualquer natureza; se existirem apenas construções, a área a ser inscrita não poderá exceder a oito (8) vezes a área da construção (item 1.8).*

Requisitos para a comprovação do exercício da posse

A comprovação do exercício da posse, da data de seu início, da existência de benfeitorias ou construções e do seu respectivo valor, será feita mediante vistoria local, salvo se justificada com a apresentação de guias de pagamento de impostos, escrituras públicas, documentos particulares registrados no Registro de Títulos e Documentos, certidões expedidas pela Prefeitura e outros elementos de valor irrecusável (item 1.7).

Entre as datas de 30/03/1981 até 22/08/1985, vigorou a IN nº 01/1983, a qual manteve praticamente inalterada a Ordem de Serviço nº

3/77, somente alterando que a “área a ser inscrita não poderá exceder a dez (10) vezes a área da construção”.

A IN nº 02/1985, que vigorou de 23/08/1985 até 08/09/1986, em nada alterou os termos da IN nº 01/1983.

Consta dos termos da IN nº 01/1986, que vigorou de 09/09/1986 até 11/08/1992, alterou a redação da anterior, estabelecendo que a ocupação é situação de fato, de uso de terreno da União, que pode ser regularizada pelo SPU, com a inscrição do ocupante, dispõe que será sempre a título precário, e que preferências ao aforamento não serão examinadas nos processos de ocupação, que poderão ser canceladas a qualquer momento.

A Portaria MF nº 583/1992, vigorou de 12/08/92 até 30/01/2001.

Destacam-se os principais aspectos do estabelecido na Portaria, dando-se destaque vejamos:

- 1- Estabelecer critérios para a inscrição de ocupação a título precário de imóveis de domínio da União (art. 1º)
- 2- A inscrição de ocupação, nos termos da legislação vigente, só poderá ser realizada quando devidamente comprovado, na forma desta portaria, o efetivo aproveitamento do imóvel (art. 2º)

As inscrições serão vedadas:

Ressalvados os casos especiais autorizados por lei, é vedada a ocupação – independentemente das providências que deverão ser tomadas, objetivando a imediata reintegração de posse, e a aplicação das penalidades legais cabíveis – que ocorram ou tenham ocorrido para comprometer a integridade das áreas de uso comum do povo, de segurança nacional, de preservação ecológica, das reservas indígenas, das vias de navegação ou congêneres (art. 3º)

As ocupações já inscritas que contrariem o disposto neste artigo deverão ser canceladas, adotando-se as medidas legais para a reintegração de posse (parágrafo único do art. 3º).

As condições exigidas:

Observada a legislação vigente sobre o parcelamento do solo, será considerada de efetivo aproveitamento, para efeito de inscrição da ocupação junto ao DPU, a área máxima de até duas vezes a área de projeção das edificações de caráter permanente, inclusive pátios internos, se houver, acrescidas de áreas das demais benfeitorias de caráter permanente, demais áreas urbanas, estritamente necessárias à finalidade decorrente da ocupação e as áreas remanescentes que não constituírem unidades autônomas (art. 7º) (g.n.)

O art. 4º da referida Portaria, dispõe que o pedido de inscrição de ocupação deve ser feito mediante formulário padrão, acompanhado

de documentos de identificação do ocupante; planta do terreno, das benfeitorias, memorial descritivo; fotografias, o custo da vistoria correrá por conta do interessado.

No artigo 5º se dispõe que o interessado deverá apresentar documentos que comprovem a existência, o tempo e continuidade da ocupação, como: título de propriedade devidamente registrado, a partir de 6 de setembro de 1946; escritura ou documento de posse do imóvel; carta de habite-se; declaração de órgãos públicos atestando a existência e a idade de edificação de propriedade do requerente no imóvel objeto do requerimento de inscrição, comprovantes de recolhimento de impostos e taxas incidentes sobre a edificação, certidão de primeiro lançamento de edificação para fins fiscais, contas de concessionárias de serviço público; declaração de lindeiros, apólice de seguro do imóvel.

Como condição para efetivo aproveitamento para efeito de inscrição da ocupação, a área máxima de até duas vezes a área de projeção das edificações de caráter permanente, inclusive pátios internos, se houver acrescidas de áreas das demais benfeitorias de caráter permanente, demais áreas urbanas, estritamente necessárias à finalidade decorrente da ocupação e as áreas remanescentes que não constituírem unidades autônomas, de acordo com o artigo 7º.

No artigo 6º afirma que a vistoria poderá ser dispensada, a juízo do Delegado do DPU, quando da análise do conjunto de documentos pelo interessado, ficar suficientemente caracterizada a ocupação, bem como pelo artigo 4º, que os custos correrão por conta do interessado.

A Portaria nº 07/2001, que começou a vigorar em 31/01/2001 até a data de hoje, basicamente não teve alteração nenhuma na de redação anterior, apenas explicitou que “a ocupação regular será mantida enquanto não contrariar o interesse público, podendo a União proceder ao seu cancelamento em qualquer tempo e reintegrar-se na posse do terreno após o decurso do prazo de noventa dias da notificação administrativa que para esse fim expedir, em cada caso (art. 4º), bem como veda o loteamento ou o desmembramento de áreas objeto de ocupação sem preferência ao aforamento ou alienação estabelecida em lei, com algumas exceções previstas.

Deste modo, temos que a sucessão de portarias no tempo não alteraram a essência da ocupação nos terrenos de marinha, se perpetuando no tempo a exigência de “efetivo aproveitamento” que na leitura dos dispositivos regulamentares se traduz na existência de construções e benfeitorias, a necessidade de comprovação do início da ocupação e a correlação entre a área construída e a área total do terreno que pode ser declarado como ocupado.

A única mudança mais expressiva no condizente às áreas proibidas de serem concedidas inscrições de ocupação em terrenos de marinha foi a vedação expressa em áreas de uso comum do povo ou que comprometam a segurança, bem como áreas de preservação ecológica e reservas indígenas, sendo expresso na lei de regência 9636, com redação dada pela lei nº

11481/ 2007, no entanto a Portaria MF nº 583/92 já previa a proibição de concessão de inscrição de ocupação em áreas de preservação ambiental.

3.5 Processos Administrativos De Pedido De Inscrição De Ocupação

Foram analisados cerca de 50 processos de pedidos de inscrição de ocupação em terrenos de marinha em trâmite em uma unidade da Secretaria de Patrimônio da União -SPU, os processos em sua grande maioria datavam da década de noventa e princípio dos anos 2000.

Os processos administrativos estudados eram, em sua maioria, deficientes na instrução, inclusive com alguns volumes ou até processos inteiros tendo sido restaurados por extravio, os motivos alegados pela gerência da SPU quando indagados a respeito seria a falta de estrutura do órgão, ausência de sistemas de controle de tramitação dos processos que fossem efetivos e sistemas de controle e cadastro que não são interligados, carência de estrutura material e poucos servidores para cuidar de grande quantidade de processos. Os servidores afirmaram ainda, que no início dos anos 2000, o intuito da Administração Federal era basicamente arrecadatório, ou seja, inscrever e cobrar taxa de ocupação de quem utilizava as áreas pertencentes à União Federal, não se atentando o órgão para outras questões como a função social da propriedade ou questões ambientais.

Há de se destacar que esta visão pode apenas ter sido adotada naquela unidade específica da SPU, pois não temos como fazer um comparativo de outras, tendo em vista a limitação deste trabalho.

Das inscrições de ocupação analisadas, a maior parte delas, foram requeridas por pessoas físicas, no entanto havia pedidos realizados por pessoas jurídicas e o que causou estranheza foi a natureza jurídica das empresas requerentes em questão serem construtoras e empreendedores imobiliários.

Em um caso específico a inscrição de ocupação foi requerida por uma pessoa física, pescador, nascido no local e foi transferida, por cessão onerosa para uma pessoa jurídica do ramo da construção civil.

Destes pedidos analisados, cerca de dez eram de terrenos de marinha localizados em ilhas. Destaque-se que estas ilhas, especificamente, pertenciam a uma Estação Ecológica, que já havia sido criada em lei, mas incidiam controvérsias sobre a qual seria o órgão administrativo responsável por sua implantação efetiva, se SPU, IBAMA ou Prefeitura do Município no qual as ilhas estavam localizadas.

Aliás, essa interação entre os órgãos, pela análise destes específicos processos administrativos foi extremamente falha à época, pois não havia um objetivo em comum entre eles, nem uma comunicação necessária e eficiente a respeito das necessidades locais, em termos de gestão e aplicação das limitações ambientais.

Existiam alguns ofícios remetidos entre os órgãos, esparsos, sem que houvesse objetivos em comum definitivamente traçados, o que causou deferimentos de inscrições de ocupação em áreas as quais incidiam proibições de se ocupar, justamente por questões ambientais.

A análise dos documentos trazidos pelos requerentes, nestes processos, geralmente eram realizadas sem ocorrer visitas da SPU *in loco*, utilizando-se de fotos e plantas, mas uma conferência mais efetiva geralmente não ocorria, mais uma vez o órgão afirmou não possuir meios de fazer perícias locais, em vista de não haver servidores nem meios para tanto, às vezes chegavam a se valer de barcos da Marinha ou Policia Federal para realizar a visita, já que se tratam de locais de difícil acesso no mais das vezes.

Essa dificuldade de procedimento do órgão muitas vezes possibilitou a concessão de inscrições de ocupação em áreas muito maiores do que as efetivamente ocupadas, por se balizarem na análise do pedido exclusivamente nos documentos trazidos pelos particulares, que podem muito bem não corresponder a realidade da ocupação.

Algumas inscrições de ocupação foram concedidas em áreas que não comprovaram efetivamente a ocupação, não estando claro se realmente havia benfeitorias e construções já que se tratavam de ilhas distantes do continente e algumas sem comprovação de ter habitantes.

Nas inscrições de ocupação concedidas contra a legislação ambiental, referentes a terrenos nas ilhas as quais estavam inseridas na Estação Ecológica, todas elas foram objeto de cancelamento das inscrições de ocupação concedida. Tal procedimento foi o correto, tendo em vista que as Estações Ecológicas de acordo com a Lei nº 6902/81 são áreas de proteção ambiental integral e estão inseridas na Zona costeira, de acordo com o art. 225, § 4º, CF, se constituindo em patrimônio nacional.

Nos outros processos que eventualmente não foram concedidas inscrições de ocupação por não cumprirem os requisitos, não encontramos nada a respeito de cancelamentos de inscrições. E de nossa análise não foi possível aferir se foi realizada a cobrança das devidas taxas de ocupação, em caso de reintegração ou inadimplência, talvez por ser a cobrança atribuição da Procuradoria da Fazenda Nacional, em alguns processos havia menção dos valores devidos.

Também em caso de evidentes danos ecológicos promovidos pelos ocupantes, não se visualizaram processos interpostos em face destes ocupantes para que fosse promovida a devida reparação ou indenização.

Outra questão extremamente crítica, observada quando do estudo destes processos, é que a União Federal não possui um cadastro definitivo de quais seriam os seus terrenos, nem uma demarcação determinada e delimitação dos terrenos de marinha. Fato que não há registros seguros de quais são os seus terrenos, com limites e confrontações. Por outro

lado, não foi pratica a inscrição destes terrenos de marinha nos Cartórios de Imóveis locais, com algumas exceções.

Destes processos analisados, dois deles chamaram atenção por terem sido registradas as certidões de inscrição de ocupação no Cartório de Registro de Imóveis, com um detalhe de haver na certidão preferência de aquisição do domínio útil aos ocupantes e aparentemente áreas bem maiores do que as efetivamente ocupadas, com a possível ocorrência de fraude.

Registre-se que não foi possível neste trabalho traçar um apanhado a respeito de quantitativo de terrenos que foram desapropriados ou retomados pela União Federal, não há dados disponíveis, também não se consegue pesquisar dados fidedignos tanto em vista que os sistemas da SPU não se comunicam e o cadastramento não corresponde à realidade dos terrenos efetivamente ocupados, havendo cadastramentos em duplicidade e outros com falhas, assim os números não são condizentes com a realidade. No Estado de São Paulo obtivemos a informação que não há um aparelho de GPS em condições de uso, o único que existe está avariado e em conserto.

3.6 Tentativas de Superar os Problemas Enfrentados pela SPU

A alternância de poder realizada em 2003 no governo federal, possibilitou a mudança de visão e direcionamento de políticas públicas destinadas aos imóveis da União.

A missão da SPU é: *“conhecer, zelar e garantir que cada imóvel da União cumpra sua função socioambiental, de forma harmônica com a função arrecadadora e em apoio aos programas estratégicos da Nação”*.⁶⁷

Na data de 11 de setembro de 2003 foi instituído por decreto presidencial o Grupo Interministerial de Trabalho sobre a Gestão do Patrimônio da União – GTI que estabeleceu a política de Gestão do Patrimônio da União.

Até então a política de patrimônio da União era estritamente arrecadatória, sem qualquer preocupação com o aspecto da função social que envolve o patrimônio da União.

Ao reformular sua missão, a SPU incorporou as diretrizes estabelecidas na Constituição Federal para assegurar o atendimento à função social dos bens públicos e a devida gestão da Zona Costeira. A visão meramente arrecadatória foi, então, superada e a missão da SPU passou a visar à persecução dos interesses estratégicos da nação, bem como respeitar a vocação de cada imóvel (SAULE JÚNIOR, 2006).

Dentre as ações estratégicas surgiu o Projeto de Gestão Integrada da Orla Marítima- Projeto Orla, que é de responsabilidade do Ministério do Meio Ambiente e do Ministério do Planejamento, o qual tem como objetivo contribuir, em escala nacional, para a aplicação de diretrizes

⁶⁷ Disponível em: <<http://patrimoniodetodos.gov.br/politica-nacional-de-gestao-do-patrimonio-da-uniao-pngpu>>.

gerais de disciplinamento de uso e ocupação de um espaço que constitui a sustentação natural e econômica da zona costeira, a Orla Marítima.⁶⁸

O objetivo primeiro do projeto é compatibilizar as políticas ambiental e patrimonial do governo federal no trato dos espaços litorâneos sob propriedade ou guarda da União, buscando inicialmente dar uma nova abordagem ao uso e gestão nos terrenos e acréscidos de marinha como forma de consolidar uma orientação cooperativa e harmônica entre as ações e políticas praticadas na orla marítima.⁶⁹

Um dos pilares de sustentação deste projeto é a descentralização por meio de convênios com os municípios da gestão destas áreas, destaca-se entre a sua atuação: a Zona Costeira é vista como patrimônio nacional, com sua utilização condicionada à proteção ambiental (conforme §4º do art. 225 da Constituição Federal de 1988); as terras públicas passam a ser vistas de acordo com sua função social; a sociedade civil transcende da posição de beneficiária das políticas públicas para co-gestora na elaboração e acompanhamento das políticas, conjuntamente com os demais entes federativos.

O Projeto Orla, a partir dos instrumentos legais previstos, pode vir a se tornar um divisor de águas quanto ao uso dos terrenos de marinha e seus acréscidos. Em suas oficinas têm sido levantadas demandas dos mais diversos setores da sociedade por equipamentos e espaços públicos de lazer, desportos, além daqueles voltados a comunidades tradicionais de pescadores e artesãos, bem como medidas destinadas a preservação paisagística e das áreas públicas da orla.

Dessa maneira, inobstante a legislação lacunosa e omissa, a falta de estrutura do órgão, os direcionamentos no condizente aos terrenos de marinha foram alterados com o tempo e aparentemente, ao menos no ramo das intenções, para melhor, veremos se estas mudanças serão concretizadas com o passar do tempo⁷⁰.

Cabe ressaltar que ainda são inúmeros os projetos de lei e de emenda constitucional que tramitam nas Casas Legislativas com o intuito de extinguir os terrenos de marinha ou alterar a sua legislação, como por exemplo passando todos os terrenos aos particulares que os ocupam ou tenham aforamentos e outros desonerando o pagamento de foros ou taxas, sua grande maioria em desacordo com o princípio da função social e

⁶⁸ Disponível em: <<http://146.155.48.139/gestioncostera/pdf/Internacional/Proyecto%20ORLA%20Brasil/volume1.pdf>>.

⁶⁹ idem

⁷⁰ VALENÇA, op. cit.

contrários ao interesse público ao nosso ver e mais uma vez com o intuito de privilegiar situações particulares em detrimento da coletividade.⁷¹ ⁷²

4 CONCLUSÃO

A história da distribuição de terras públicas no Brasil foi extremamente nebulosa, caótica em seus termos e sem controle. Fato que marcou toda a conformação da distribuição de terras na atualidade.

A União Federal até a presente data não sabe ao certo quais são os limites de seus terrenos, pois não efetivou a delimitação, demarcação e discriminação do que é de sua propriedade, e por consequência do povo brasileiro. Essa verdade se aplica aos terrenos de marinha.

Todos estes aspectos sinteticamente registrados de fragilidades acerca do instituto da inscrição de ocupação concedidas nos terrenos de marinha são extremamente preocupantes no condizente a preservação do patrimônio nacional, precípua mente a estes específicos terrenos que tem destacado papel na preservação ambiental e manutenção do bem comum da população e do paradigma da função social da propriedade, devendo ser um instrumento democrático de acesso à terra.

Neste estudo pontuamos o histórico da transferência de terras públicas aos particulares, bem como as fragilidades da legislação, que aliadas a falha da gestão Administração Pública de fato, tornam o instituto temerário pois pode ter sido o propulsor da transferência de terrenos de marinha para as mãos de poucos particulares e não promover a efetiva função social da propriedade.

Os processos objeto de nosso estudo, apesar de termos apenas como um referencial, sem compromisso com dados estatísticos oficiais, apesar de não representarem toda a realidade das inscrições de ocupação no território nacional, servem para destacarmos alguns problemas pontuais nas inscrições de ocupação já concedidas.

Um dos aspectos mais relevantes é a identificação dos requerentes destas inscrições, nos casos estudados, pessoas jurídicas, que não teriam qualquer coisa em comum com empresas locais, requerendo as inscrições, e empresas direcionadas ao ramo imobiliário e construtor, um dado grave, por provavelmente se tratar de especulação imobiliária.

A concessão de inscrição em locais onde há áreas proibidas, como de preservação ambiental lesiona os interesses nacionais e da população

⁷¹ O Projeto de Lei (PL) nº 254 de 2009, de autoria do Senador Roberto Cavalcanti; a proposta de Emenda Constitucional (EC) nº 53 de 2007, de autoria do Senador Almeida Lima; o PL nº 133, de 2006, de autoria do Senador José Sarney; e o PL nº 231, de 2005, de autoria do Senador Gérson da Mata.

⁷² Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDEQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.planejamento.gov.br%2Fsecretarias%2Fupload%2FArquivos%2Fspu%2Fdocumentos_gestao%2Fbalan%25C3%25A7o_de_gestao_SPU_2003-2010.pdf&ei=vXHZUvKwAdKgkQel-YGgCA&usg=AFQjCNEtfA_p-RL4NiHO2Dr7X0412XjMg>.

local, bem como a ocupação ilegal, que sequer há registros ou números, por total desconhecimento da União Federal.

Verificamos que tal fato foi agravado pela ausência de ações concatenadas entre os diversos órgãos públicos fiscalizadores. E de fato não há um diálogo entre estes órgãos, problema esse que o governo tenta superar, conforme Decreto n. 11 de 2003, que criou o Grupo de Trabalho Interministerial, coordenado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, contou com a participação de representantes dos Ministérios das Cidades, da Defesa, da Previdência Social, do Meio Ambiente, da Fazenda e, ainda, da Advocacia Geral da União e da Casa Civil da Presidência da República e a idéia central é justamente a de promoção de políticas conjuntas entre os órgãos fiscalizadores.⁷³

A falta de estrutura da Secretaria de Patrimônio da União também contribui para as falhas do serviço e a dificuldade de retomar o patrimônio público ilegalmente ocupado.

De fato não há servidores suficientes para trabalhar no órgão. Não há estrutura material necessária, nem sistemas de cadastro e acompanhamento de processos eficientes.

No entanto, a legislação também é lacunosa, pois trata de conceitos jurídicos indeterminados e de difícil aferição, como exemplo do efetivo aproveitamento do terreno, que a Administração entende como a realização de benfeitorias e construção.

Hoje se torna um enorme paradoxo, tendo em vista que as áreas em que estão situados os terrenos de marinha geralmente há fauna, flora, cursos d'água, os quais há necessidade de se preservar e não construir, ou seja, o antigo princípio de se produzir na terra e aproveitá-la, na modernidade, tem o efeito contrário, poderá provocar danos ambientais dos mais variados, indo de encontro ao princípio da função social da propriedade.

Ao menos há um norte no aprimoramento das atividades desenvolvidas pela Administração Pública no condizente às inscrições de ocupação nos terrenos de marinha, tendo em vista se reconhece que a política de gestão dos imóveis da União Federal deve estar harmônica com a sua função socioambiental, o que vinculará o seu atuar, assim esperamos que aconteça.

⁷³ Princípios Gestão eficiente, ética e transparente do Patrimônio da União; Garantia do cumprimento da função socioambiental do Patrimônio da União, ressaltando sua articulação com as políticas de inclusão social e seu equilíbrio com a função arrecadadora; Gestão com estados, municípios e Distrito Federal, considerado o pacto federativo e a articulação do Governo Federal com a sociedade; DIRETRIZES Constituição de um Cadastro Único dos imóveis do Patrimônio da União, Estruturação e qualificação das Gerências Regionais do Patrimônio da União, para melhorar o atendimento às necessidades do cidadão, o cumprimento da função socioambiental do patrimônio e a descentralização de procedimentos para sua agilização. Ação articulada entre os ministérios com vistas a regulamentação e implementação dos princípios e diretrizes aqui descritos (<http://patrimoniodetodos.gov.br/pasta-de-arquivos/CARTILHA%20%20Memo%2090%20%20DESTINACAO%20%20Orientacoes%20para%20a%20Destinacao%20do%20Patrimonio%20da%20Uniao.pdf>)

REFERÊNCIAS

- ABE, N. D. C. *Gestão do Patrimônio Público Imobiliário*. São Paulo: J.H.Mizuno, 2006.
- ALMEIDA, J. M. D. L. O. Terrenos de marinha: por que a tentativa de extinguí-los é um ataque ao patrimônio público e ao meio ambiente? *Revista de Direito dos Advogados da União*, Brasília, out. 2008.
- FAORO, R. *Os Donos do Poder Formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, v. I, 2001.
- FIORILLO, C. P. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FREITAS, G. P. *Loteamento em Terreno de Marinha*. JUSTITIA, 1980.
- FREITAS, M. A. P. D. *Zona Costeira e Meio Ambiente. Aspectos Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.
- GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 8. ed. [S.l.]: Saraiva, 2003.
- GUEDES, S. N. R. *Analise Comparativa do processo de transferência de terras públicas para o domínio privado no Brasil e EUA uma abordagem institucionalita*. Economia, Curitiba, v. 1, n. 30, p. 7-36, 2006.
- HOLSTON, J. *Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_21/rbcs21_07.htm>. Acesso em: 13 jul. 2013.
- JELINECK, R. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil*. Porto Alegre, 2006.
- JÚNIOR, C. G. A histórica má administração das terras públicas brasileiras como fator incentivador da criminalidade agroambiental. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, v. 59, n. 10, set./out. 2011.
- LIMA, R. C. *Pequena História Territorial do Brasil Sesmarias e Terras Devolutas*. 4. ed. São Paulo: Arquivo do Estado, v. 1, 1991.
- MENDONÇA, J. X. C. D. *Os terrenos de marinha e os interesses da União, Estados e das Municipalidades*. O Direito, 1901.
- NIEBUHR, J. D. M. *Estudos em Homenagem ao Prof. Adilson Abreu Dallari. Direito Público*. 2004.
- PANIAGO, E. A. F. SESMARIAS, REGISTROS PAROQUIAIS E POLÍTICAS EXPROPRIANTES DAS. *Revista da Faculdade Universidade Federal de Goiás*, Goiania, v. 35, n. 1, p. 99-130, jan/jun 2011.
- PIETRO, M. S. Z. D. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

- SANTOS, R. D. S. *Terras de Marinha*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- SCHAEFER, J. J. R.. A posse em terras de marinha, n. 98, p. 12. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis-SC, v. 98, n. ano XXVI, p. 12, 2. Trimestre 2002.
- SILVA, L. M. O. Terras Públcas, ocupação privada elementos para a história comparada da apropriação territorial na Argentina e no Brasil. *Economia e Sociedade*, Campinas, jun. 1999.
- VALENÇA, D. A. Terrenos de Marinha: trilhas para uma função social. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental- FDUA*, Belo Horizonte, v. 52, n. 9, jul./ago. 2010.

A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E A ATUAÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO: DE CONTROLE DA ESTRITA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA A INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Esther Dantas de Sá Paiva Gurjão
Advogada da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Funções institucionais da Advocacia-Geral da União e a atuação da Consultoria Jurídica da União; 1.1 A Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988 e na Lei Complementar n. 73/93: Breve histórico, organização e funções institucionais; 1.2 A atuação da Consultoria Jurídica da União. Referências normativas; 2 A Teoria dos Princípios; 2.1 A Teoria de Ronald Dworkin; 2.2 A Teoria de Robert Alexy; 2.3 Críticas às duas grandes teorias. Outras formulações; 3 O Pós-positivismo e a experiência brasileira; 3.1 Neoconstitucionalismo e a Constituição invasora de Guastini. Força normativa dos princípios e interpretação constitucional no Brasil pós-88; 3.2 A força normativa e os conflitos entre os princípios nos tribunais brasileiros; 3.3 As críticas aos equívocos na aplicação da força normativa e na solução dos conflitos entre princípios no

Brasil; 4 A aplicação dos princípios na realização dos Atos Administrativos e na atuação da Consultoria Jurídica da União; 4.1 Os Princípios aplicáveis à Administração Pública; 4.2 Princípio da Moralidade; 4.3 Princípio da Eficiência; 4.4 Princípio da Proporcionalidade e sua normatividade no Brasil; 4.5 Eficiência, Moralidade e Proporcionalidade como parâmetros de controle na atuação da Consultoria Jurídica Da União; 4.6 Métodos e parâmetros para a atuação consultiva do Advogado da União à luz dos princípios; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é analisar os limites e possibilidades de atuação da Consultoria Jurídica da União em relação aos princípios constitucionais. Para tanto, aborda-se, no primeiro capítulo, o contexto relacionado à Advocacia-Geral da União, seu perfil institucional, missão e regulamentação de sua função consultiva. Em seguida são examinadas proposições da teoria dos princípios, desde as concepções fundamentais de Ronald Dworkin, passando pelas contribuições de Robert Alexy e outros autores. No capítulo seguinte, analisa-se o contexto brasileiro em relação à teoria dos princípios, sobre como se dá hoje o reconhecimento e aplicação da força normativa dos princípios nos Tribunais, destacando-se algumas críticas que são dirigidas a essa aplicação. Por fim, são apreciados os princípios fundamentais que regem a administração pública, em especial aqueles mais diretamente relacionados com o exercício da advocacia pública consultiva, como os da moralidade e da eficiência, bem como o princípio instrumental da proporcionalidade, abordando-se aspectos relacionados à identificação de possível violação desses princípios, bem como parâmetros para a atuação do advogado quando identifica uma situação que enseja a aplicação da força normativa dos princípios.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública Consultiva. Princípios. Força Normativa. Moralidade. Eficiência.

ABSTRACT: The aim of this study is to analyze the limits and possibilities of action of Legal Counsel of the Federal Union in relation to constitutional principles. To do so, it addresses, in the first chapter, the institutional profile, mission and rules of its advisory function context. Then propositions of the theory of principles are examined, since the fundamental conceptions of Ronald Dworkin, through the contributions of Robert Alexy and other authors. The next chapter analyzes the Brazilian context in relation to the theory of principles on how is today the recognition and application of the normative force of the

principles in the courts, highlighting some criticisms that are directed to that application. Finally, the fundamental principles governing public administration are appreciated, especially those most directly related to the exercise of the advisory public advocacy, as morality and efficiency as well as the instrumental principle of proportionality, covering aspects related to the identification of possible violation of these principles, as well as parameters for the performance of the lawyer when it identifies a situation which entails the application of the normative force of the principles.

KEYWORDS: Advisory Public Advocacy. Principles. Normative Force. Morality. Efficiency.

INTRODUÇÃO

O exercício da advocacia pública consultiva na atualidade, em que ganha força a leitura pós-positivista do ordenamento jurídico, revela que a apreciação dos atos administrativos somente sob o prisma da legalidade estrita, ou seja, a partir de regras específicas e expressas, encontra-se dissonante e incongruente não só com o estágio da hermenêutica constitucional, como em relação aos próprios questionamentos que a autoridade poderá sofrer pela prática do ato.

É certo que a Administração encontra-se vinculada ao princípio da legalidade, mas, em determinados casos, especialmente quando não há norma específica sobre a matéria a ser solucionada, necessário se faz a adoção de providências à luz dos princípios constitucionais.

Com efeito, na perspectiva pós-positivista, o controle dos atos administrativos deixa de circunscrever-se à observância da legalidade estrita. Diversos atos são questionados diretamente à luz de princípios como eficiência e razoabilidade. Contudo, não raro também ocorre de o argumento com base em princípios dissimular um verdadeiro argumento de política, um juízo moral, subjetivo, do qual se vale o agente do órgão de controle, o advogado, o juiz, o membro do Ministério Público ou algum interessado para tentar fazer prevalecer o seu entendimento pessoal sobre determinada matéria. Adotando-se cautela a respeito e conseguindo afastar-se do caminho fácil da utilização inadequada e desfundamentada dos princípios, a sua correta aplicação vai ao encontro de uma advocacia pública concretizadora dos mandamentos constitucionais.

Necessário, assim, perquirir a respeito dos limites dessa atuação, em que se faz necessário, dentre outras dificuldades, compatibilizar a repercussão prática da normatividade dos princípios e o respeito ao mérito administrativo. O presente trabalho trata dos limites e nuances a respeito da atuação da advocacia pública consultiva.

Para tanto, no primeiro capítulo, abordaremos as questões relacionadas à atuação da Advocacia-Geral da União, apresentando um breve histórico que leva à sua criação, bem como a sua normatização no direito brasileiro, em especial quanto ao cenário normativo relacionado à advocacia pública consultiva, inclusive quanto aos objetivos fundamentais de sua atuação.

No segundo capítulo, apresentaremos algumas questões fundamentais relacionadas à teoria dos princípios, em especial quanto aos conceitos fundamentais desenvolvidos por Ronald Dworkin e Robert Alexy, refletindo ainda sobre algumas críticas endereçadas às teorias desenvolvidas pelos referidos autores, bem como mencionando outras relevantes formulações teóricas pertinentes.

Em seguida, no terceiro capítulo, trataremos da experiência do pós-positivismo no direito brasileiro, em especial sua utilização pelos Tribunais, abordando também algumas críticas formuladas a essa aplicação da teoria dos princípios na jurisprudência pátria.

No quarto capítulo serão analisados os princípios aplicáveis à atuação da Administração Pública, em especial a eficiência e a moralidade como parâmetros de controle da Administração, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de utilização bastante difundida e cujo manejo na prática revela-se complexo. Nesse contexto, abordar-se-á em seguida a utilização dos princípios na realização e no controle dos atos administrativos em relação à atuação da Consultoria Jurídica da União, buscando desenvolver métodos e parâmetros para uma atuação consultiva do Advogado da União à luz dos princípios constitucionais.

Buscar-se-á, enfim, traçar alguns limites e possibilidades da atuação da Consultoria Jurídica da União no manejo dos princípios jurídicos, a fim de melhor realizar a sua missão institucional, em prol do interesse público e em sintonia com o atual espírito do tempo.

1 FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E A ATUAÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO

1.1 A Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988 e na Lei Complementar nº 73/93: breve histórico, organização e funções institucionais

A origem da Advocacia-Geral da União remonta aos anos da chegada da Coroa Portuguesa ao Brasil, trazendo as instituições da metrópole até os anos da República, em que se iniciou um desenvolvimento mais efetivo das atribuições relacionadas à consultoria jurídica e à defesa judicial da União. Adotando-se o modelo português de advocacia de Estado, nos primeiros anos da República foi estabelecida a defesa judicial da União como atribuição do Ministério Público Federal (delegável ao Ministério

Público Estadual para atuação na justiça respectiva de cada Estado). A partir de 1894, reconheceu-se como atribuição do Ministério Público o exercício das funções de Consultor do Presidente, das Secretarias de Estado e dos Ministérios.

Em 1903, tem-se a criação do cargo de Consultor-Geral da República, com a separação entre as funções de defesa judicial da União (que seguiram a cargo do Ministério Público) daquelas relacionadas à consultoria jurídica, que passaram à atribuição da Advocacia Consultiva da União, que tinha como instância máxima a Consultoria-Geral da República. Foram criadas em seguida as Consultorias Jurídicas no âmbito dos Ministérios, setorizando a atividade de consultoria jurídica da União e fazendo com que a Consultoria-Geral da República passasse a atender diretamente ao Presidente da República. Nesse sentido, a então Procuradoria da Fazenda Pública (origem da Procuradoria da Fazenda Nacional) foi incluída inicialmente como órgão consultivo exclusivo do Ministério da Fazenda, vindo depois a, cumulativamente, ser a responsável pela inscrição da dívida ativa da União. Tais fatos são a origem histórica da “subordinação administrativa” atual das Consultorias Jurídicas nos Ministérios aos Ministros de Estado, assim como a da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ao Ministério da Fazenda.

Com o escopo de estruturar a organização da unidade central e das consultorias jurídicas dos Ministérios, foi criado em 1957 o cargo de Assistente do Consultor-Geral da República, posteriormente transformado em Assistente Jurídico em 1964.

Ao mesmo tempo em que os órgãos que exerciam a atuação consultiva organizavam-se vinculados ao Poder Executivo, a representação judicial conferia indesejável ambiguidade à atuação do Ministério Público, que exercia as funções de fiscal da lei e de defensor do Estado, o que poderia ocorrer no mesmo processo (por exemplo, nos mandados de segurança). Na administração indireta não ocorria essa contradição, eis que as Procuradorias Gerais e Departamentos Jurídicos das unidades autárquicas concentravam tanto a atuação consultiva como a representação judicial.

Com a Carta de 1988, criou-se a Advocacia-Geral da União, com a atribuição correspondente à representação judicial e extrajudicial da União e a consultoria e o assessoramento jurídico dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, deixando o Ministério Público de exercer a representação agora assumida pela nova instituição e voltando a sua atuação, em síntese, à defesa dos interesses da coletividade, pondo fim à cisão entre a atuação consultiva e a representação judicial da União.

A Constituição de 1988 apresentou um capítulo próprio a par dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tratando das Funções Essenciais à Justiça, dentre as quais nominou nas respectivas seções o

Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública. Ademais, dentro da seção que trata da Advocacia Pública, o regramento distingue a Advocacia da União e a Advocacia dos estados e Distrito Federal.

O tratamento dado pelo constituinte originário revela o caráter institucional da Advocacia-Geral da União, dotado de algum grau de independência, não sendo concebida no texto constitucional como um mero órgão do Poder Executivo. Ao serem definidas em Capítulo próprio do texto constitucional, as “Funções Essenciais à Justiça” representam uma manifestação da democratização do exercício do poder estatal.

O constituinte também reserva à Advocacia-Geral da União as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Referidas atividades, no entendimento de Rommel Macedo (2008, p. 46), são distintas, pois no assessoramento o advogado apenas orienta a autoridade a respeito da decisão a ser tomada, ao passo que na consultoria jurídica o advogado emite pareceres, por cujo teor se responsabiliza.

Atendendo ao ditame constitucional que determinava a edição de lei Complementar para regular as atividades da instituição, foi editada a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, apresentando a organização e estrutura da AGU, trazendo as suas atribuições e dotando-a dos instrumentos necessários à realização de sua atividade.

A partir da referida legislação, definiu-se a estrutura da Advocacia-Geral da União como sendo composta por órgãos de direção superior (Advogado-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Consultoria-Geral da União, Conselho Superior da Advocacia-Geral da União e Corregedoria-Geral da Advocacia da União), órgãos de execução (Procuradorias Regionais da União, Procuradorias da União, Procuradorias Seccionais da União, Procuradorias Regionais da Fazenda Nacional, Procuradorias da Fazenda Nacional, Procuradorias Seccionais da Fazenda Nacional e Consultorias Jurídicas) e órgãos vinculados à AGU (Procuradoria-Geral Federal, Procuradorias Regionais Federais, Procuradorias Federais e Procuradorias Seccionais Federais).

A mesma lei prevê ainda, como membros da Advocacia-Geral da União, o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Consultor-Geral da União, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, os Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores-Chefes, os Consultores Jurídicos, os Procuradores Seccionais, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos.

Assim, com a edição da Lei Complementar nº 73/93 e a estruturação que ela possibilita, completa-se o mandamento constitucional que cria uma instituição voltada à defesa judicial e extrajudicial e à consultoria jurídica da União Federal.

1.2 A atuação da Consultoria Jurídica da União. Referências normativas.

No que se refere à atividade consultiva, a Lei Complementar nº 73 estabelece que à Consultoria-Geral da União, órgão de direção superior, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição (art. 10).

Como órgão de execução relacionado à atividade consultiva, a Lei Complementar nº 73 também faz referência às Consultorias Jurídicas dos Ministérios, definindo-as como 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, aos quais compete essencialmente: assessorar as referidas autoridades; exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas; 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; elaborar estudos e preparar informações por solicitação das referidas autoridades; 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 e; examinar prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas, os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados e os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa de licitação (art. 11). No âmbito regional, a atuação consultiva é realizada pelas Consultorias Jurídicas nos Estados (conforme denominação a partir do Decreto nº 7.392/10, antes denominadas Núcleos de Assessoramento Jurídico - NAJs). Às Consultorias nos Estados, nos termos do Ato Regimental nº 5/2007, compete (art. 19):

- I - assessorar os órgãos e autoridades da Administração Federal Direta localizados fora do Distrito Federal quanto às matérias de competência legal ou regulamentar desses órgãos e autoridades, sem prejuízo da competência das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes prevista no art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 1993;
- II - fixar a interpretação da Constituição, das leis e dos demais atos normativos quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União;
- III - elaborar estudos jurídicos solicitados pelos órgãos e autoridades assessorados em matéria de competências destes;

IV - orientar os órgãos e autoridades assessorados, quando for o caso, quanto à forma pela qual devam ser prestadas informações e cumpridas decisões judiciais que as unidades da Procuradoria-Geral da União entendam prontamente exequíveis; V - atuar em conjunto com os representantes judiciais da União, especialmente quanto ao preparo das teses de defesa da União, quando for o caso; VI - assistir os órgãos e autoridades assessorados no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados; VII - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito dos órgãos assessorados: a) os textos de editais de licitação e os respectivos contratos ou instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados; e b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação; VIII - analisar processos administrativos e disciplinares, recursos, pedidos de reconsideração, de revisão e outros atos jurídicos pertinentes relativos aos órgãos e autoridades assessorados; IX - atuar junto às Secretarias de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e às unidades da Controladoria da União nos Estados e fornecer subsídios à atuação do Departamento de Assuntos Extrajudiciais - DEAEX; X - realizar atividades conciliatórias quando determinado pelo Consultor-Geral da União; XI - estabelecer intercâmbio de informações com outras unidades da Advocacia-Geral da União e com unidades jurídicas de órgãos e instituições da Administração Pública e dos demais Poderes; e XII - zelar pela observância das orientações emanadas dos órgãos de direção da Advocacia-Geral da União.

Além de diversas frentes de atuação estabelecidas nas normas que organizam a instituição e carreira, há outros preceitos que também fazem menção à atuação consultiva da Advocacia-Geral da União.

A Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, traz importante preceito norteador da atuação da advocacia pública consultiva da União, estabelecendo no seu art. 38, inciso VI, que, dentre os documentos que devem compor o procedimento administrativo, estão os pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade, exigindo o parágrafo único do mesmo dispositivo que as minutas de editais de licitação, bem como as de contratos, acordos, convênios ou ajustes sejam previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Referido preceito, portanto, estabelece a obrigatoriedade de submeter as minutas de editais de licitação, bem como os contratos, acordos, convênios ou ajustes, ao prévio exame e aprovação por assessoria jurídica da Administração. Há verdadeira obrigação legal do gestor em submeter tais instrumentos à chancela de uma apreciação jurídica, sob pena de contrariedade ao comando legal. De toda sorte, trata-se de prática que se revela consonante com a defesa do interesse público, atendendo aos princípios da legalidade, imparcialidade, moralidade e eficiência.

A Lei no 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o seguinte a respeito da atuação consultiva:

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

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

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

A respeito da distinção entre pareceres obrigatório, vinculante e não vinculante feita pela lei, veja-se o que ensina a doutrina de Maria Sylvia Di Pietro¹:

O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.

O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática final do ato. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar sua decisão [...] .

O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar sua conclusão. Para conceder aposentadoria por invalidez, a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com sua decisão [...] .

Interessante mencionar que a caracterização ou não do parecer como vinculante já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal para se decidir a respeito da ocorrência ou não de situação ensejadora da responsabilidade do parecerista (Informativo nº 475 - Mandado de Segurança nº. 24.631/DF).

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 231

Verifica-se, assim, a existência de vasto arcabouço normativo relacionado à atuação consultiva, tanto voltado à regulação dessa atividade com o foco na própria organização interna, como também em diplomas legais que dizem respeito a atos e processos administrativos para cuja elaboração revela-se imprescindível a intervenção do órgão consultivo da AGU.

Estabelecidas tais premissas normativas, cumpre perquirir, à luz das referidas normas, qual seria então o escopo fundamental da atuação consultiva da AGU.

Para Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior², a missão principal da área consultiva da AGU é a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas.

No entanto, referida missão somente faz sentido se compreendida como inserida em um escopo maior, qual seja, o controle interno e prévio do respeito à legalidade e aos princípios constitucionais no âmbito da Administração. Com efeito, a mera busca da “sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas” poderia ser entendida também como a tentativa de sustentar a juridicidade da política pública quando ela - juridicidade - não existisse, o que não parece ser o escopo da atuação consultiva à luz das citadas normas constitucionais e legais. Em tais situações, a obrigação do Advogado da União, quando submetido o projeto de lei, programa ou outra peça para seu exame, passa a ser o de apontar a ilegalidade da peça em análise.

Assim, a busca da “sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas” passa a ser um escopo da atuação consultiva se inserida e praticada como uma forma de controle prévio e interno da legalidade e moralidade no âmbito da Administração, somada às outras formas de atuação pelas quais esse controle se revela. Somente sob esse prisma - de concretização dos princípios constitucionais, em especial quanto à legalidade - é que se tem o exercício de uma missão à altura do status constitucional da Advocacia-Geral da União, função essencial à justiça que não se limita a ser um mero órgão do Executivo. E na atuação consultiva, inclusive na aprovação (ou não) de editais, contratos, convênios, se revela com vigor o caráter institucional da Advocacia-Geral da União na defesa do interesse público e dos valores constitucionais.

² VIEIRA Junior, Ronaldo Jorge Araújo. A Advocacia Pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU*, v. 8, n. 19, p. 9-40, jan./mar. 2009.

2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

2.1 A teoria de Ronald Dworkin

Antes de adentrar a análise da teoria do renomado professor de Oxford, necessário abordar algumas premissas das chamadas teorias jurídicas positivistas, cujas limitações Ronald Dworkin pretendia superar.

Hans Kelsen, não obstante reconhecesse a relação do Direito com a moral e outros ramos da ciência, pretendia conceber uma Ciência do Direito desprovida dos elementos que lhe seriam estranhos, tendo por objeto somente a norma (regra) e o método normológico. Sem adentrar pormenores de sua formulação, pode-se dizer que nela, assim como na teoria de H. L. A. Hart, tem-se uma compreensão do ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras, para cuja aplicação não se deve recorrer a qualquer formulação política ou moral, abstraindo-se de qualquer princípio ou formulação suprapositiva.

Porém, referida compreensão do ordenamento jurídico padece de dificuldades práticas e metodológicas quando se tem a aplicação do direito. A sua estruturação em um sistema de regras, com uso da linguagem própria à regulação específica de comportamentos e imposição de sanções, acarreta problemas inerentes a essa estrutura da linguagem. Isso porque resta inviável regular completamente todas as condutas por regras abstratas, apresentando-se então o problema das lacunas que decorrem desse sistema e da solução dos chamados casos difíceis.

Nesse sentido, Ronald Dworkin, na sua obra clássica *Levando os Direitos a Sério* (*Taking Rights Seriously*), vai criticar o chamado “poder discricionário do juiz” (*judicial discretion*), que corresponderia ao que chama de “sentido forte” do poder discricionário, utilizado pelas teorias positivistas para a situação em que o funcionário público (no caso, o juiz) não está apenas utilizando um discernimento na aplicação dos padrões previamente estabelecidos pela autoridade competente, mas para dizer que “em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão”³. Apontando o reconhecimento do caráter vago de algumas regras do positivismo (o que Hart chama de “textura aberta”), Dworkin explica que, no uso do poder discricionário a partir de tal teoria, os juízes poderiam valer-se de padrões criados por eles próprios e não pela lei, os quais não seriam de observância obrigatória⁴.

A crítica de Dworkin revela a dificuldade de o positivismo lidar com a vaguedade de algumas regras e a complexidade da dinâmica social, acabando por fazer uma apologia da discricionariedade, permitindo situações em que a solução judicial acaba sendo fruto de uma postura

³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 52.

⁴ Ibid., p.59.

decisionista, na medida em que atribui um poder quase absoluto às escolhas hermenêuticas do juiz nos casos difíceis. A decisão em tais casos poderia, portanto, ter fundamentos extrajurídicos.

A teoria positivista da interpretação iguala então a tarefa judicial à legislativa, atuando o juiz como legislador delegado, especialmente ao decidir os *hard cases*. Contudo, afirma Dworkin que os juízes não são e não deveriam ser legisladores delegados⁵.

É interessante abordar o ponto central de tais críticas ao positivismo inclusive porque tratam de consequências práticas fundamentais bastante caras ao presente estudo - o subjetivismo do aplicador do direito na solução dos casos -, sendo interessante perceber que esse escopo de busca de uma alternativa hermenêutica ao subjetivismo está na gênese da teoria dos princípios.

A fim de superar as dificuldades da concepção positivista e da prática do decisionismo, Dworkin vai se valer do papel dos princípios e da distinção entre regras e princípios.

Dworkin apresenta, inicialmente, uma explicação a respeito do que comprehende sob a denominação de “princípios”, distinguindo expressões correlatas nos seguintes termos⁶:

Acabei de mencionar ‘princípios, políticas e outros tipos de padrões’. Com frequência, utilizarei o termo ‘princípio’ de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são ‘regras’. Eventualmente, porém, serei mais preciso e estabelecerá uma distinção entre princípios e políticas.

[...] Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Prosegue o professor de Oxford exemplificando que o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos seria uma política, ao passo que o conceito segundo o qual ninguém deve beneficiar-se de seus próprios ilícitos é um princípio. Alerta, porém, para os riscos de se afastar da distinção ao se interpretar um princípio como expressão de objetivo social, ou interpretar uma política como expressão de um princípio ou, ainda, ao se adotar a compreensão utilitarista segundo a qual os princípios seriam declarações disfarçadas de objetivos.

Complementando sua estruturação conceitual fundamental, Dworkin propõe uma distinção entre regras jurídicas e princípios

⁵ DWORKIN, op. cit., 129.

⁶ Ibid, p. 36.

jurídicos, segundo a qual as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada (*all or nothing*), ou seja, dados os fatos que estipula, ou a regra é válida (e fornece a resposta para o caso que deve ser aceita), ou não é válida (e não contribui para a decisão)⁷. Assim, havendo regras em conflito, uma delas não poderá ser válida⁸.

Os princípios, por sua vez, na definição de Dworkin, possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Assim, quando se tem princípios que se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos consumidores e os princípios de liberdade contratual), a solução do conflito pelo aplicador do direito vai considerar a força relativa naquele caso de cada um. Reconhece, porém, Dworkin que a definição de qual princípio é mais importante não passa por uma mensuração exata e o julgamento que a determinar frequentemente será “objeto de controvérsia”⁹, sendo interessante chamar atenção para esse reconhecimento da dificuldade da tarefa e da possibilidade de controvéria a respeito. Os procedimentos para esse “julgamento” correspondem ao objeto essencial da teoria de Robert Alexy, como se abordará mais adiante.

Dworkin também considera que muitas vezes a distinção entre regras e princípios se reduz a uma questão de forma, o que ocorre quando se tem a utilização em regras de termos como “razoável”, “injusto(a)” e outros. Esses termos não chegam a transformar uma regra em princípio, permanecendo como regra do ponto de vista “lógico”, mas passam a funcionar como um princípio do ponto de vista “substantivo”, já que se torna necessário recorrer a princípios/políticas que extrapolam a regra para a sua aplicação.

Outra distinção fundamental é estabelecida por Dworkin ao explicitar o processo decisório à luz do positivismo e a utilização dos princípios jurídicos. Afirma que não se pode confundir “argumentos de princípio” e “argumentos de política”, nos seguintes termos¹⁰:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante o direito de um indivíduo ou de um grupo.

Afirma Dworkin que na solução dos casos difíceis a compreensão do julgador como um legislador delegado (típica do positivismo, segundo sua crítica) autorizaria o uso de argumentos de política. Entende ele, porém, que as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, somente podem ser fundamentadas em argumentos de princípios e não de política, o que seria

7 DWORKIN, op. cit., p. 39.

8 Ibid., p. 43.

9 Ibid., p. 42.

10 Ibid., p. 129.

uma exigência da própria democracia, vez que não se pode reconhecer como ilícita uma conduta violadora de um dever criado após o fato¹¹.

Importante ainda lembrar outra formulação fundamental da teoria de Ronald Dworkin, segundo a qual haveria uma única resposta correta para questões complexas do direito. Afirma ele que, não obstante se reconheça a relevância de determinada controvérsia jurídica e a existência de bons argumentos em favor de diferentes teses relativas a uma determinada questão, não se pode considerar que o processo decisório seja uma mera escolha de teses, mas sim uma decisão imposta pela razão, embora reconheça que esse processo de decisão poderá levar a diferentes conclusões nas mãos de diferentes juízes¹². Nada obstante, assevera Dworkin que mesmo nos casos considerados pelo positivismo como *hard cases*, uma das partes terá o direito preestabelecido de ter sua pretensão assegurada, cabendo ao julgador descobrir qual é esse direito, utilizando-se de princípios jurídicos em sua integralidade. A aplicação do direito consistiria na atividade de se decidir qual princípio é adequado à solução de um determinado caso, posto que, em cada caso, haveria uma única resposta adequada a suas especificidades e aos interesses em jogo, o que não poderia ser satisfeito com decisões formuladas a partir de valores objeto de livre escolha discricionário do juiz.

Desse modo, segundo Dworkin, nos *hard cases* as decisões devem se basear em argumentos de princípios. O decisionismo positivista é rechaçado pelo caráter normativo dos princípios jurídicos que, embora abstratos e gerais, exigem do intérprete densificação, com atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios.

A compreensão do pensamento de Dworkin exige ainda a menção a outro conceito fundamental objeto de trabalho do pensador em outra obra fundamental (*O Império do Direito*): o da integridade do Direito. Esse conceito compreende o princípio de integridade na legislação (*legislative principle*), segundo o qual aqueles que criam o Direito por legislação devem mantê-lo coerente quanto aos princípios, e o princípio de integridade na aplicação judicial do Direito (*adjudicative principle*), segundo o qual os responsáveis por decidir o que é o Direito devem compreendê-lo e fazê-lo cumprir com coerência¹³.

O princípio da integridade na aplicação do Direito, segundo Dworkin¹⁴, “explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante”.

11 DWORKIN, 2002. p. 133.

12 Ibid., 43.

13 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

14 DWORKIN, 1999. p. 203.

A aceitação da integridade como virtude colaboraria para que se atingisse em sociedade o modelo da chamada “comunidade de princípios”. Como superação à chamada “comunidade de regras”, que seria aquela na qual os membros aceitariam cumprir as regras formuladas animados por um sentimento de obrigação, Dworkin desenvolve o conceito de comunidade de princípios¹⁵:

[...] Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, [equanimidade] e [devido] processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possíveis.

Por tudo isso, tem-se que as dificuldades da concepção positivista e do decisionismo passam a ser parcialmente superadas quando se considera o papel dos princípios a partir da obra de Dworkin. Supera-se, assim, a compreensão positivista do direito como sistema autossuficiente de regras, o qual pretende regular com alto grau de precisão as respectivas situações de aplicação sem apresentar uma solução adequada ao problema referente à estrutura aberta da linguagem, bem como sem considerar a estrutura principiológica de certos “padrões” já utilizados na jurisprudência mesmo antes de uma formulação teórica a respeito dos princípios e de sua relevância jurídica.

2.2 A teoria de Robert Alexy

A teoria da normatividade dos princípios ganha ainda mais ressonância com a obra de Robert Alexy, especialmente a partir do nível de detalhamento a que chega o jurista tedesco em sua proposição acerca da aplicação dos princípios e da solução para os casos de conflitos em tal aplicação.

Alexy compartilha da teoria de Dworkin ao considerar que regras e princípios seriam diferentes espécies de normas e que a distinção entre elas se daria de forma qualitativa. Porém, a distinção por ele elaborada passa por enunciações e categorias próprias.

Coube ao jurista tedesco o desenvolvimento da teoria segundo a qual os princípios encerram *mandados de otimização* (*optimierungsgebote*). Nesse sentido, afirma Robert Alexy¹⁶:

15 DWORKIN, 1999. p. 254.

16 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p.90.

O ponto decisivo é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras, segundo Alexy, seriam normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, contêm determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível¹⁷.

Vê-se, portanto, que a distinção proposta por Alexy se assemelha à teoria de Dworkin, especialmente no que se refere à caracterização das regras, cujo modelo de “satisfação ou não satisfação” guarda estrita relação com o modelo do “tudo ou nada”. A nota distintiva da teoria de Alexy, no particular, reside na enunciação dos princípios como mandados de otimização, que podem ser aplicados de maneira mais ou menos intensa, mas sempre com a máxima intensidade possível a partir das limitações fáticas e jurídicas incidentes, o que ocorreria de acordo com a existência de regras ou princípios colidentes.

Afirma Alexy que a análise das colisões entre regras e princípios serve para aperfeiçoar a compreensão da distinção entre as duas categorias. Os conflitos entre regras somente poderiam ser solucionados ou pela introdução de uma regra de exceção, ou pela invalidade de uma das regras em conflito. Já no caso de conflitos entre princípios, um dele terá que ceder, o que não significa que será ele declarado inválido ou que terá que ser introduzida nele uma cláusula de exceção. Assim, um princípio pode ter precedência em face de outro sob determinadas condições que, sendo diversas, poderiam levar a outra solução. Desse modo, nos casos concretos, os princípios teriam diferentes pesos e aqueles com maior peso teriam precedência.

Chega-se, assim, à formulação segundo a qual enquanto os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, os conflitos entre princípios ocorrem na dimensão do peso¹⁸.

A fim de melhor elucidar como se dá a solução da colisão entre princípios e sua importância para elucidar a sua teoria, Alexy formula a chamada “lei de colisão”, nos seguintes termos¹⁹:

(K) Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C - R.

Uma formulação menos técnica seria:

17 ALEXY, op. cit., p. 91.

18 Ibid.

19 Ibid., p. 99.

(K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

É através da «lei de colisão» que Alexy expressa alguns dos fundamentos de sua teoria, já que tal formulação reflete a natureza dos princípios como mandados de otimização, isto é, destaca a inexistência de relação absoluta de precedência entre os princípios e faz referência a ações e situações não quantificáveis²⁰.

A solução da colisão implica que muitas vezes a realização dos princípios passa pela limitação da realização de um deles (ou de ambos). Isso decorre de uma outra característica reconhecida pela teoria de Alexy: o fato de os princípios expressarem deveres *prima facie*²¹. Como os princípios contêm mandamentos que devem ser realizados na medida das limitações fáticas e jurídicas existentes, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.

A máxima aplicação dos princípios, com sua natureza de mandados de otimização, teria como ideal um modelo similar ao Ótimo de Pareto: em um caso em que fossem aplicáveis mais de um princípio jurídico, a decisão ideal seria aquela que conseguisse atingir um grau máximo de satisfação de todos os princípios em conflito. Portanto, a decisão judicial deveria atingir um ponto ótimo de satisfação simultânea dos diversos princípios *prima facie* aplicáveis ao caso.

Por fim, necessário lembrar a relação estabelecida por Alexy entre os princípios e a “máxima da proporcionalidade”. Afirma Alexy que os princípios guardam estrita relação com a máxima da proporcionalidade com implicações recíprocas. Nas palavras de Alexy²²:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais, da adequação, da necessidade (do mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Assim, para Alexy, os princípios seriam mandados de otimização que conduziriam à máxima aplicação possível, respeitadas as limitações fáticas e jurídicas. As máximas da necessidade e da adequação decorreriam da aplicação dos princípios em face das limitações fáticas (que exigiriam a aplicação do meio que seja faticamente adequado e menos gravoso para a realização do princípio). Já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorreria da interação com as limitações jurídicas, isto é, a partir

²⁰ ALEXY, op. cit., 2008. p. 99.

²¹ Ibid., p. 104.

²² Ibid., p. 116.

da necessidade de sopesamento que advém da aplicação da lei nos casos de conflitos entre princípios antagônicos²³.

Pode-se dizer, em suma, que a teoria dos princípios proposta por Alexy tem como elementos: o estabelecimento de um sistema de condições de prioridade, obtido a partir da solução das situações de colisão entre princípios; um sistema de estrutura de ponderação, a partir da natureza dos princípios como mandados de otimização e da solução das situações de conflito pela lei de colisão e pela máxima da proporcionalidade; e de um sistema de prioridades *prima facie*, que passa pela criação de uma ordem no campo dos princípios, uma escala hierárquica construída a partir da importância de cada princípio frente aos demais, o que seria realizado em um processo de argumentação por meio da ponderação.

As formulações de Alexy aqui apresentadas contribuiram para a consistência da teoria dos princípios, ampliando os mecanismos postos à disposição dos operadores do direito para a aplicação dos princípios e solução das situações de colisão entre estes.

2.3 Críticas às duas grandes teorias. Outras formulações

As contribuições de Dworkin e Alexy, pela magnitude e repercussão que tiveram, proporcionaram infindáveis polêmicas e debates, como seria natural em se tratando de árido tema da ciência do direito.

Damião Alves de Azevedo²⁴ (2010) apresenta densa crítica às formulações de Alexy. Para o professor da UNB, o método de ponderação proporcional de Alexy decorre de sua compreensão do direito como julgamento moral. O conteúdo jurídico dos princípios, para o professor, seria substituído por um conteúdo moral, de modo que a juridicidade dos princípios decorreria unicamente do momento de sua aplicação.

Para Damião Alves de Azevedo²⁵, a concepção de Robert Alexy vai fazer com que se reconheça nos princípios uma carga substancialmente axiológica, não deontológica. O princípio jurídico não seria uma norma jurídica definitiva, mas apenas otimizável. Dele não decorreria um comando de conteúdo jurídico do qual se possa exigir obediência, eis que sua aplicabilidade estaria condicionada fática e juridicamente, esvaziando-se o próprio conteúdo jurídico dos princípios. Os princípios não seriam então carregados em si de força normativa cogente, não trariam consigo um dever ser, mas um valor moral cuja aplicabilidade ficaria sujeita a condições.

²³ ALEXY, op. cit. p. 120.

²⁴ AZEVEDO, Damião Alves. *Ao encontro dos princípios*: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas. Brasília - DF: CEAD/UNB, 2013. 40 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 08 jun. 2013.

²⁵ Ibid.

Ainda segundo a crítica de Damião Azevedo²⁶, ao estabelecer o papel das regras e dos princípios em sua teoria, Alexy vai acabar por manter as noções de lacuna e discricionariedade típicas do positivismo filosófico, o que acaba por ir de encontro à tese da única resposta correta de Dworkin. O conteúdo da tarefa do juiz na aplicação dos princípios será sempre moral, pois o que se está a ponderar é o que é melhor (valores) e não o que é devido (direitos). A utilização desse método de argumentação, orientada por valores mais desejáveis que outros, resulta na imposição de seus próprios valores à sociedade, em uma espécie de tutela moral, como se a condição de julgador atribuísse um papel pedagógico sobre os cidadãos, com graves riscos decorrentes da provável incompreensão acerca de quais seriam os valores compartilhados por determinados grupos sociais. O processo de decisão racional orientado por valores não revelaria nada mais senão as preferências daquele que julga. A decisão, resultado da ponderação proporcional de valores, seria um resultado das preferências morais do julgador, das preferências morais do juiz, que refletiriam diretamente na decisão e poderiam inclusive transformar seu conteúdo, conforme admitido por Alexy.

Portanto, para Damião Azevedo²⁷, Robert Alexy, conquanto supostamente apoiando-se em Dworkin, acaba por retornar a uma concepção de fórmulas metodológicas que reduzem os princípios a políticas, ou seja, a normas de aplicação gradual, cabendo às regras servirem como normas capazes de regularem a sua situação de aplicação, recaíndo-se, tal qual no positivismo filosófico, em situações nas quais as lacunas que decorreriam desse sistema seriam preenchidas não pelo argumentação jurídica, mas pela discricionariedade ou argumentação política do julgador.

Assim, Damião Azevedo²⁸ considera equivocada a interpretação de Alexy sobre a teoria de Dworkin da única resposta correta, na medida em que Alexy vai considerar que a plausibilidade da única decisão correta requereria, para ele, um consenso, uma situação ideal de irrestrita concordância da comunidade de argumentação, o que não seria passível de verificação real. Para Damião, a ideia da única resposta correta de Dworkin não depende de um consenso sobre a sua correção, mas sim de uma postura hermenêutica diante dos princípios jurídicos e do caso em exame.

Damião Azevedo também vai criticar os elementos fundamentais da teoria dos princípios de Alexy, em especial o sistema de prioridades *prima facie*, que, segundo ele, faz com que a melhor decisão não seja uma questão de justiça, elaborada conforme o direito, mas sim de valores, elaborada conforme a moral. O autor explica, ainda, que a fundamentação de Alexy para a teoria dos princípios baseia-se na tese de que o discurso racional só pode ser alcançado em um sistema de direitos fundamentais que priorize os

²⁶ AZEVEDO, op. cit.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

direitos individuais sobre os coletivos, de modo que os princípios jurídicos perdem sua natureza deontológica e assumem um caráter axiológico, onde só é possível realizar ponderação proporcional determinando-se a ordem de hierarquia absoluta entre os valores que se quer aplicar.

Damião faz uma importante crítica a essa conclusão de Alexy ao explicitar que o funcionamento de sua Teoria dos Princípios exige que todos os intérpretes do direito admitam a primazia dos direitos individuais sobre os coletivos, mas que essa ordem não pode ser tida como absoluta, vez que os direitos individuais não são prévios aos coletivos. Outro ponto mencionado pelo autor diz respeito à teoria da ponderação pressupor que certos valores sejam assumidos oficialmente como prioritários pelo juiz e pelo direito, o que acarreta uma forma de discriminação contra os demais valores sociais e políticos, inobservando, desse modo, o princípio fundamental do pluralismo político estabelecido no art. 1º, V, da Constituição Federal.

Já Ronald Dworkin, por sua vez, elabora um sistema baseado na ideia de integridade do direito. Desse modo, o direito para ele deve ser interpretado a partir de princípios ordenadores e não como uma norma moral a ser seguida por todos os cidadãos. A integridade não significa preferência pelos direitos individuais ou coletivos, significa que o direito é uno e por consequência todas as normas devem ser interpretadas de maneira a manter a coerência interna que lhe garanta unidade. Enquanto a teoria dos princípios de Alexy sujeita o caso concreto à moral, a de Dworkin o sujeita à interpretação da Constituição, integrando teoria e prática, ou seja, os intérpretes do direito para solução de determinado caso devem procurar no ordenamento, dentre todos os princípios válidos, aquele que signifique a manutenção da coerência e da integridade de todo o sistema.

Importante ainda mencionar o pensamento de Jürgen Habermas, que apresenta uma teoria que propõe uma superação de algumas premissas metafísicas das formulações tradicionais do pós-positivismo.

Habermas, através de sua teoria discursiva do direito, se propõe a realizar uma reconstrução paradigmática do direito. Conquanto concordando com a descrição do direito como integridade e outras questões fundamentais da teoria de Dworkin, Habermas aponta a fragilidade dessa teoria quando tenta explicar como o juiz ou aplicador do direito deve reconstruir a história jurídica e institucional que deve ser aplicada atentando para uma infinidade de princípios eventualmente existentes. Afirma Habermas²⁹, em relação à teoria da integridade do direito, que esta exige que:

[...] cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997. p. 261 e 263.

‘indeterminação do direito’, apoiando sua fundamentação numa ‘teoria’. Essa teoria deve permitir a reconstrução racional da ordem jurídica de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios e ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral.

[...] a tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios de justiça, mas na *procura* de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica *concreta* em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes”.

Embora a tarefa do aplicador do direito exija conhecimento prévio de todos os princípios jurídicos e objetivos políticos válidos que poderão influenciar na aplicação da norma, Dworkin reconhece que o direito não pode ser esgotado numa relação de princípios fundamentais. Assim, Habermas considera que Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos e a de um juiz que teria a pretensão de um privilégio cognitivo, podendo acontecer de apoiar-se apenas em si, caso sua interpretação divirja das demais³⁰.

Habermas pretende então que se retire do aplicador do direito essa sobrecarga de expectativas a respeito de sua capacidade cognitiva e argumentativa, devendo ser compreendido que a atividade jurisdicional é dialógica, lidando o juiz com argumentos disponíveis no processo e no debate público acerca da questão controvertida. Ao decidir, está o juiz confirmando ou rebatendo os argumentos das partes, promovendo-se desse modo o diálogo com estas. Além disso, qualquer que seja a visão de mundo do juiz, que também vai refletir na decisão, esta vai se referir ao ordenamento jurídico, que, por sua vez, é impregnada por discursos de justificação do direito da época.

Embora não negue que o direito tenha um conteúdo identificável, Habermas³¹ aponta para a inadequação que se pretender definir o que é justo a partir de valores ou ideologias. Nessa crítica ao solipsismo da representação do juiz Hércules de Dworkin, Habermas³² vai apontar a necessidade de se ter uma teoria da argumentação jurídica que assuma as exigências ideais atribuídas ao juiz Hércules. Seria preciso, para ele, um procedimento que faça jus ao ideal da busca de uma única resposta correta. A sua correção seria representada pela aceitabilidade racional apoiada em argumentos, que seriam cadeias de razões que surgem em um processo argumentativo.

Habermas apresenta assim uma concepção pragmática da argumentação, que motiva uma aceitação racional de um ato de fala, sem

³⁰ HABERMAS, op. cit., p.276.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

perder a faticidade, caracterizada pelo tempo em que produzida. A prática da argumentação, porém, pressupõem condições idealizadas, em que não há influência da desigualdade, buscando-se a concordância de um auditório universal com a inclusão da perspectiva de todos os falantes.

Em relação a Alexy, Habermas critica, dentre outras questões, a demasiada aproximação entre a correção moral e a jurídica e a sua defesa de uma harmonia muito estrita entre elas, o que relativiza não só a correção de uma decisão jurídica, mas a coloca em questão como tal. Seria necessário, então, reconstruir o direito vigente, de tal forma que a decisão correta tenha que se encaixar num sistema jurídico (e não moral) coerente³³.

Em relação aos princípios, em razão do caráter indeterminado da linguagem, o seu conteúdo permanece em aberto, sendo que as respectivas exigências são explicitadas no respectivo contexto de aplicação. Para a teoria discursiva, o direito não é um espaço vazio a ser colonizado por razões políticas, pois tem como conteúdo princípios universais que orientam a aplicação da justiça. Contudo, para resistir a valorações ideológicas, o respectivo significado concreto permanece aberto, sendo definido no discurso e na argumentação, contemplando inclusive contextos e realidades não previstas pela norma. Habermas recua sua investigação do conteúdo para a forma do direito na expectativa de encontrar um procedimento através do qual seja possível ao intérprete do direito encarar o conteúdo dessas ideologias divergentes de forma reflexiva. Sem negar que o direito tenha um conteúdo identificável, Habermas aponta para a inadequação de se pretender definir o que é justo a partir de valores ou ideologias³⁴.

A postura discursiva permite, por exemplo, que aqueles princípios sobre os quais se funda o constitucionalismo moderno não tenham validade apenas nos contextos em que foram elaborados, podendo ser utilizados em qualquer lugar onde haja um Estado de Direito, de tal sorte que a teoria discursiva do direito nos habilita a reivindicar, do mesmo modo que faz Dworkin, a aplicação dos princípios de liberdade e igualdade como sendo exigíveis universalmente, ou pelo menos em qualquer sociedade onde exista um Estado de Direito.

A partir de todas as formulações expostas, que não esgotam, por certo, tema tão complexo, tem-se que a estrutura normativa principiológica, indeterminada em abstrato, embora determinável em concreto, encontra-se aberta hermeneuticamente à construção intersubjetiva dos sentidos (pela prática discursiva e dialógica). A prática da aplicação dos princípios permite então a reconstrução do direito como integridade, com a produção de uma argumentação que permita o convencimento e a reconstrução coerente do direito. Esse conteúdo aberto, a argumentação e a sua aplicação com respeito ao direito como

³³ HABERMAS, op. cit.

³⁴ Ibid.

integridade permitem a superação de questões presentes em uma estrutura auto-suficiente de regras, permitindo a tradução dos objetivos políticos, internalizando e ressignificando seus conteúdos no direito positivo com uma prática democrática, consonante com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

3 O PÓS-POSITIVISMO E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

3.1 Neoconstitucionalismo e a Constituição invasora de Guastini. Força normativa dos princípios e interpretação constitucional no Brasil pós-88

O termo neoconstitucionalismo tem sido utilizado em diferentes acepções (assim como também o vocábulo pós-positivismo), em especial para destacar as transformações metodológicas ocorridas no âmbito do Direito Constitucional no período do pós-Guerra, com repercussões nos pressupostos metodológicos e filosóficos adotados pela doutrina e na própria juridicidade das normas consagradas pelo direito constitucional. Em apertada síntese, no Brasil, tem-se adotado o termo neoconstitucionalismo em sua dimensão empírica, que traduz o fenômeno da constitucionalização do direito e suas implicações teóricas e práticas nas diferentes disciplinas jurídicas. Pós-positivismo, por sua vez, corresponderia às formulações que, superando questões fundamentais consagradas no positivismo e no conhecimento jurídico tradicional, reconhecem e valorizam o papel dos princípios jurídicos³⁵.

O jurista italiano Riccardo Guastini³⁶ abordou o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, compreendendo-o como um processo de transformação de um ordenamento por força do qual resta este impregnado pelas normas constitucionais. Um marco desse sistema jurídico constitucionalizado seria a existência de uma Constituição “invasora”, que condicionaría a legislação, a jurisprudência, a doutrina e até mesmo o conjunto das relações sociais postas em uma determinada comunidade jurídica. Nesse contexto, a eficácia irradiante das normas constitucionais impregna o ordenamento jurídico, o que atinge os diferentes ramos do Direito.

A constitucionalização seria um processo gradativo, realizado parcial ou integralmente à medida em que são implementadas as condições necessárias para tal. Guastini apresenta um rol de sete condições que um ordenamento deve satisfazer para ser considerado “impregnado” pela normatividade constitucional. A primeira delas seria a existência de uma Constituição rígida, cujo procedimento de revisão constitucional exija um

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁶ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México/D.F.: Fontamara, 2001

quorum qualificado para modificar ou revogar normas constitucionais, inclusive eventualmente contendo cláusulas dotadas de intangibilidade, para assegurar a inderrogabilidade de certos direitos e garantias fundamentais e de princípios estruturais do Estado Democrático de Direito. Uma segunda condição, relacionada com esta primeira, seria a existência de uma garantia jurisdicional da Constituição, com a previsão de ao menos alguma modalidade de controle de constitucionalidade das leis. Ambas as condições estão claramente presentes no Brasil.

Uma terceira condição seria o compartilhamento pela comunidade jurídica da tese da força normativa da Constituição, reconhecendo-se que toda norma constitucional é norma jurídica e suscetível de produzir alguma modalidade de efeito jurídico. Referida condição trata da ideologia consagrada na cultura jurídica e não no ordenamento jurídico em si, refere-se à compreensão da Constituição como um documento jurídico e não como um mero manifesto político, a ser implantado (ou não) de acordo com a conveniência do legislador.

Outra condição estaria relacionada à idéia de “sobreinterpretação” do texto constitucional, segundo a qual uma Constituição é sobreinterpretada quando, após a interpretação de seus dispositivos, não há espaços vazios, isto é, livres de direito constitucional. As normas constitucionais passariam a constituir um “filtro” através do qual todas as normas jurídicas devem ser interpretadas.

A quinta condição consiste no reconhecimento da aplicação direta das normas constitucionais, isto é, da força normativa da Constituição, seu reconhecimento como norma jurídica, dotada de imperatividade.

A utilização da técnica de interpretação das leis conforme à Constituição, como método de interpretação das leis à luz das normas constitucionais com o objetivo de preservação da sua validade jurídica, adotando-se a interpretação que se adequado à norma constitucional para o caso de haver outra(s) para determinada lei seria, para Guastini, uma sexta condição.

Por fim, o reconhecimento da influência da Constituição sobre as relações políticas seria a sétima e última condição. Trata-se da possibilidade de *judicialização da política*, ou seja, a possibilidade de controvéries de natureza eminentemente política ou relacionadas a temas morais complexos serem resolvidos pelo Poder Judiciário com fundamento nas normas constitucionais.

Para Riccardo Guastini³⁷, a primeira e segunda condições eriam aquelas efetivamente necessárias para a constitucionalização do ordenamento jurídico, sendo as demais reveladoras da intensidade dessa ocorrência.

No Brasil, o reconhecimento da força normativa da Constituição - a terceira condição de Guastini -, decorrente do processo de ascensão

³⁷ GUASTINI, op. cit., 2001

do Direito Constitucional para o centro do ordenamento jurídico, operou-se a partir da consagração da chamada *doutrina brasileira da efetividade* que, consoante Luís Roberto Barroso (2006), consolidou-se como um mecanismo de enfrentamento da insinceridade normativa e da superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição. Segundo Barroso, coube ao esforço dos que passaram a defender a efetividade das normas constitucionais combater algumas crônicas disfunções que se materializavam na citada insinceridade normativa e, ainda, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica, desprovida de determinação política para dar-lhe cumprimento. Referida doutrina busca, em essência, o reconhecimento da *imperatividade* das normas constitucionais.

Em um espaço de tempo relativamente curto, disseminou-se no Brasil, com bastante vigor, o reconhecimento da força normativa da Constituição. De acordo com Luís Roberto Barroso³⁸, o Direito Constitucional brasileiro deixou pra trás sua desimportância para tornar-se o centro formal, material e axiológico do sistema jurídico. Ressalte-se que a popularidade das obras do professor fluminense, além do trabalho e pesquisa de outros juristas e outros nomes de igual porte sobre o tema, muito contribuiu para a aceitação da efetividade das normas constitucionais no Brasil. Hoje pode-se dizer que, em tese, essa aceitação é questão superada na academia e entre boa parte dos profissionais do direito, não obstante termos, na prática, diversas decisões judiciais que revelem um abandono dessa efetividade constitucional. Em geral, porém, a efetividade é uma premissa compartilhada pelos atores sociais que lidam com o tema.

A consagração da efetividade traz em si a aplicação efetiva de diversas normas estruturadas sob a forma de princípios, o que representa em alguns casos grande avanço para a consagração de direitos, com a superação de diversos anacronismos de nosso sistema judicial. Porém, muitas vezes referida aplicação apresenta falhas estruturais e metodológicas, potencialmente prejudiciais aos direitos e garantias dos que buscam a tutela judicial.

3.2 A força normativa e os conflitos entre os princípios nos Tribunais brasileiros

A fim de examinar como têm sido a aplicação dos princípios constitucionais no Brasil, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do reconhecimento de sua efetividade e de sua força interpretativa, passa-se a abordar alguns julgados marcantes, uns proferidos já há algum tempo e outros mais recentes, que revelam como tem se sedimentado a aplicação dos princípios naquela Corte.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

No HC 71373-4, julgado em 1994, o STF apreciou a questão relativa à investigação de paternidade e a possibilidade ou não de realização de exame de DNA sob condução do réu “debaixo de vara”. Assim, no caso, o STF deparou-se com um conflito de direitos igualmente fundamentais: o direito à intangibilidade física do corpo (no caso, do réu, que se recusa a realizar o exame), e o direito à real identidade da criança. Houve divergência entre os Ministros, sendo que o voto do ministro Marco Aurélio foi vencedor com a tese de que seria irrecusável o direito do indivíduo de não permitir que se lhe retire das próprias veias uma porção de sangue para a realização do exame, pois do contrário haveria uma violação inaceitável à dignidade da pessoa humana, que solucionaria, no caso, a colisão entre princípios. Prevaleceu, assim, no caso a proteção à intimidade e à vida privada, concedendo-se o habeas corpus. Não obstante tal conclusão, houve intensa divergência entre os Ministros, tendo Francisco Rezek afirmado em seu voto que o direito à integridade do corpo não seria absoluto, como nos casos de vacinação em nome da saúde pública, merecendo proteção o direito à identidade, que teria uma salvaguarda de interesse público. Francisco Rezek aponta que houve uma superlativa atenção do constituinte e do legislador em relação aos direitos da criança e do adolescente (art. 227 da CF).

Embora os Ministros, em seus votos, tenham reconhecido que o caso em questão trata de direitos conflitantes, não se fez alusão, no caso, ao *método* de ponderação de valores, limitando-se à exposição de sua concepção pessoal sobre a prevalência de determinado direito naquele caso.

A despeito do decidido nesse caso, na Recl 2040, julgada em 2002, a Corte apreciou o conflito entre o direito à intimidade relativo à preservação, pela mulher, da identidade do pai de seu filho e o direito à honra e à imagem de policiais acusados de estupro. Naquele caso, amplamente divulgado por envolver a cantora mexicana Gloria Trevi, a suposta vítima não ofereceu representação relativa ao estupro e se negou a realizar exame para investigação da paternidade, alegando a preservação de sua intimidade, citando inclusive o precedente anteriormente mencionado (HC 71373), afirmando que a Suprema Corte reconheceria o direito à intimidade e proibindo a realização do exame contra a sua vontade.

No julgamento em questão, os Ministros acabaram decidindo pela possibilidade de realização do exame de DNA na placenta, vencido apenas o Min. Marco Aurélio. Interessante mencionar que, nesse caso, o Min. Néri da Silveira demonstrou preocupação em realizar um procedimento racional e sistemático de ponderação de valores, dissertando sobre o método e citando doutrina sobre o assunto. Afirmou o Ministro ser necessária, no caso, a ponderação, mediante um juízo de razoabilidade, entre os valores constitucionais conflitantes, fazendo um balanceamento, de modo a precisar, diante do problema, qual dos princípios terá o maior peso para uma decisão

justa para o presente caso concreto, fazendo referência a Alexy em sua compreensão dos princípios como mandados de otimização. Afirmando que o exame na placenta não será invasivo e não representaria auto-incriminação, conclui que no caso concreto, a tutela dos interesses da comunidade, com a restrição do âmbito de proteção do direito à intimidade, não importaria em qualquer sacrifício à inviolabilidade corporal da genitora.

Não obstante a referência ao método de ponderação e mérito da conclusão, pode-se considerar que a decisão falha na observância da integridade do sistema judicial, mais precisamente na reconstrução histórica e na coerência entre os precedentes, eis que apresenta interpretação dissonante daquela conferida em precedente anterior, sem que se cuide de estabelecer uma adequada relação entre os julgamentos que permitam a reconstrução histórica adequada sob uma perspectiva da integridade.

Outro caso relevante que merece ser mencionado é o HC 82.442/RS, julgado em 2003, em que foi apreciado conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana. Além da questão posta em juízo, o caso também é interessante por revelar uma maior preocupação dos Ministros com uma metodologia de solução do conflito, abordada nos diversos votos. Siegfried Ellwanger era o responsável pela publicação do livro “Holocausto. Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da mentira do Século”, que foi considerado antisemita e alegou perante o Supremo que exercia sua liberdade de expressão, que não poderia ser limitada com fundamento no conteúdo da obra.

Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Moreira Alves e Carlos Ayres Britto, prevaleceu a tese pelo reconhecimento da prática de racismo pelo autor do livro, entendendo a maioria da Corte que deveria prevalecer, no caso, a defesa da dignidade humana do povo judeu em relação à liberdade de expressão. Como já ressaltado, houve um detalhamento na fundamentação em relação ao conflito entre os princípios em jogo e o método para sua solução. O Ministro Gilmar Mendes discorreu sobre o princípio da proporcionalidade, afirmando que a decisão observa as três máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Afirma que há o requisito da adequação eis que a condenação do paciente é adequada para alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista e tolerante. Já o requisito da necessidade estaria preenchido porque não haveria outro meio menos gravoso e igualmente eficaz de resolver a questão. Por fim, haveria a observância da proporcionalidade posto que existe uma proporção entre o fim perseguido (preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista e da dignidade humana) e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente.

Outro caso de grande repercussão, mais recente, foi o julgamento, em 2012, da ADPF n. 54. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde – CNTS, tendo como mandatário em juízo o

então advogado Luís Roberto Barroso. Considerando as diversas situações em que gestantes foram impedidas de realizarem o procedimento de antecipação terapêutica de parto mesmo com a comprovada situação de anencefalia nos fetos, a parte objetivava que a interpretação do tratamento legal dado ao aborto pela legislação penal infraconstitucional fosse feita conforme a Carta Maior, especificando que a criminalização da conduta não deveria ser reconhecida quando se trata de antecipação terapêutica do parto de fetos com anencefalia quando esta fosse comprovada por médico. De acordo com o alegado, o procedimento referido não pode ser considerado como aborto, já que o feto anencefálico seria considerado como natimorto, não se coadunando com os princípios constitucionais ou com o princípio da proporcionalidade proteger em caráter absoluto apenas um dos seres da relação, de modo a privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não deteria sequer expectativa de vida fora do útero.

O STF, por maioria, acabou reconhecendo que não se coadunaria com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, de modo a privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não deteria sequer expectativa de vida fora do útero e aniquilar-se, em contrapartida, os direitos da mulher ao lhe impingir sacrifício desarrazoado. Sublinhou-se que a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final seria irremediavelmente a morte do feto iria de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Ademais, considerou-se que a integridade que se colimaria alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso seria plena e que eventual direito à vida do feto anencéfalo, acaso existisse, cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde (CF, artigos 1º, III, 5º, caput e II, III e X, e 6º, caput).

3.3 As críticas aos equívocos na aplicação força normativa e na solução dos conflitos entre princípios no Brasil

Ao mesmo tempo em que ocorre a disseminação de sua aplicação, diversas críticas são dirigidas à forma como se desenvolve a aplicação da teoria dos princípios no Brasil, em relação a sua metodologia (ou falta dela).

Nos casos acima citados já se pode observar, em alguns deles, a falta de uma postura metodológica adequada na construção da fundamentação para a solução dos conflitos entre princípios, havendo a mera escolha de um princípio que devesse prevalecer, recaindo-se no decisionismo tão criticado pela concepção original da teoria dos princípios. Não obstante,

percebe-se em outros julgados uma tentativa de se construir uma fundamentação adequada para a solução da questão.

Dentre as críticas existentes, aquela formulada por Virgílio Afonso da Silva³⁹, por sua consistência, merece ser citada. Citando precedentes jurisprudenciais, afirma o autor que a aplicação da proporcionalidade e de suas três máximas como suposta referência para solução dos conflitos entre princípios, em especial pelo STF, têm sido, não raro, um mero “apelo à razoabilidade”⁴⁰.

Como exemplos dessa crítica, o autor cita o julgamento da ADC 9-6, que trata dos atos governamentais alusivos ao racionamento de energia. As medidas previstas nos arts. 14 a 18 da MP 2.152-2 vinham sofrendo diversos questionamentos, o que levou o Presidente da República a propor a referida ação declaratória de constitucionalidade, para que tais dispositivos fossem declarados constitucionais. Tais preceitos estabeleciam metas de consumo de energia elétrica e sanções para os que não as cumprissem, que poderiam chegar à suspensão do fornecimento de energia. O STF deferiu então a medida cautelar, suspendendo, até julgamento final, a prolação de qualquer decisão que se fundasse na inconstitucionalidade dos dispositivos, por entender que “demonstrada, em face da crise de energia elétrica, a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas tomadas”⁴¹.

Contudo, a despeito de tal conclusão, não se verifica a existência de fundamentação que percorra adequadamente os contornos da proporcionalidade e suas três máximas, havendo a mera conclusão pela demonstração da proporcionalidade diante da crise de energia elétrica. Verifica-se, assim, uma decisão fortemente marcada por argumentos de política (solucionar a crise de energia elétrica), fato que, por sua repercussão fática, política e social, teria o condão de tornar as medidas adotadas para a sua solução “proporcionais”, sem que se verificasse os meandros do conceito jurídico de proporcionalidade.

Virgílio Afonso da Silva⁴² cuida dessa análise do caso à luz das três máximas da proporcionalidade. Considerando o conceito de adequação adotado pelo autor, segundo o qual é adequada a medida quando o seu emprego faz com que o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou ao menos fomentado, considera ele que o caráter coercitivo da medida é adequado para pressionar os consumidores a economizar energia elétrica, ainda que seja insuficiente por si só para esse fim, razão pela qual considera que a medida revela-se adequada para os fins do exame da proporcionalidade.

Já quanto ao exame da necessidade da medida, seria necessário, segundo Virgílio Afonso da Silva⁴³, cotejá-la com outras que fossem

³⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, 2002.

⁴⁰ Ibid., p. 45.

⁴¹ Ibid., p. 37.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

capazes de promover o mesmo objetivo mas com menor restrição ao direito dos cidadãos. A restrição, no caso, consubstancia-se na suspensão do fornecimento de energia elétrica, excluindo-se, portanto, do acesso a serviço público de primeira necessidade, sendo que, não bastasse, tal exclusão se daria a partir da fixação de cotas baseadas na média do consumo dos últimos meses, fazendo com que aqueles que já adotassem uma prática de economizar energia sofressem um sacrifício maior em seu direito e tendo um maior risco de sofrerem interrupção no fornecimento. Vale ressaltar que o direito de acesso a serviço público essencial - como o é o fornecimento de energia elétrica - implica um sacrifício, em consequência, de outros direitos fundamentais, como o do trabalho, o da livre iniciativa e mesmo o de ter uma vida digna. Assim, sem adentrar o mérito das medidas alternativas, o autor aponta que o STF simplesmente não enfrentou a questão da necessidade, sendo que a própria imprensa à época já divulgara diversas medidas alternativas que, se analisadas minuciosamente, provavelmente representariam medida tão ou mais adequadas para se alcançar ou fomentar o fim pretendido.

Por tudo isso, afirma Virgílio Afonso da Silva⁴⁴ que a medida em questão seria desproporcional, por não passar pelo exame da necessidade. Mais importante do que a conclusão do autor, seu trabalho revela a tarefa que o STF, ao concluir e fazer referência expressa à “proporcionalidade” da medida, deveria ter enfrentado. O simples recurso ao termo revela um caráter meramente retórico, uma fórmula por força da qual se pretende justificar a superioridade de um discurso.

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, afirma o autor que a conclusão pela ausência de necessidade supre o exame da proporcionalidade em sentido estrito; de toda sorte, também aqui carece o julgamento do STF de um adequado enfrentamento da matéria sob tal viés.

Outro exemplo citado pelo mesmo autor é o julgamento da ADI 855-2. Nesse caso apreciou-se uma lei do Estado do Paraná (Lei 10.248/93) que exigia que os botijões de gás fossem pesados na presença do consumidor, evitando-se, com isso, variações no peso do botijão. Dentre outros argumentos trazidos pela parte autora, alegava-se violação aos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade.

Aqui, mais um vez, o STF não cuidou de enfrentar as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, decidindo pela inadequação com base em parecer do Inmetro, segundo o qual afirmou-se que a balança seria extremamente sensível e desgastaria facilmente, o que poderia acarretar desregulagem. Ademais, entendeu-se que a pesagem impediria que o consumidor adquirisse o botijão em local distante do veículo. Todavia, para Virgílio Afonso, tais questões não justificam conclusão pela

⁴⁴ SILVA, op. cit., 2002.

ausência de adequação; a desregulação da balança diz respeito ao controle por parte do poder público e o fato de o consumidor ter que andar seria um incômodo que diz respeito às circunstâncias que envolvem a medida, não guardando relação com sua inadequação ou desproporcionalidade.

Para o autor, caso o STF tivesse enfrentado as três máximas, teria concluído, quanto à adequação, que a medida é adequada para fomentar a defesa do consumidor, o que corresponderia ao fim visado.

Em relação à necessidade, a autora da ação alega que a medida exigiria um grande gasto de recursos relacionados à produção de balanças, sugerindo como medida alternativa o controle de peso por amostragem, realizado pelo Poder Público. Tais alegações, segundo Vírgilio Afonso⁴⁵, não afastam a necessidade, eis que não demonstrada a suficiência da medida alternativa proposta para o fim almejado, pois o consumidor, individualmente considerado, não seria protegido com a pesagem por amostragem.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, deve ser questionado se a limitação à liberdade de iniciativa representada pela medida pode ser justificada pela proteção ao consumidor. E, para Virgílio Afonso⁴⁶, a resposta é afirmativa, sendo mínima a restrição, no particular, à livre iniciativa, ante o seu cotejo com a proteção do consumidor.

Contudo, não obstante a conclusão a que chega o autor ao enfrentar as três máximas da proporcionalidade, o STF, no caso, em controle concentrado de constitucionalidade, afastou do ordenamento jurídico norma democraticamente produzida por considerá-la “desproporcional”, sem, porém, apresentar a necessária e adequada fundamentação, precedente revelador dos perigos que cercam uma equivocada aplicação da teoria dos princípios no Brasil.

4 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA REALIZAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E NA ATUAÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO

4.1 Os princípios aplicáveis à Administração Pública

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 estabelece expressamente o dever de obediência da administração pública de qualquer dos Poderes aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98. Esses seriam, na atual redação do texto constitucional, os princípios explícitos gerais fundamentais que norteariam a atuação da administração pública.

O princípio da legalidade significa que toda atividade administrativa deve ser autorizada por lei, tratando-se de postulado do Estado de Direito, que obriga todo agente público, qualquer que seja a hierarquia do cargo por

⁴⁵ SILVA, op. cit.

⁴⁶ Ibid.

ele ocupado na Administração, a observar completa subordinação à lei. Ainda como corolário da cidadania no Estado de Direito, o princípio implica que o particular somente poderá sofrer restrição em sua esfera jurídica por ato da administração quando este estiver devidamente amparado por lei.

Quanto ao princípio da impessoalidade, verdadeira exigência da República, este apresenta três facetas. Por um lado, representa uma exigência da isonomia, no sentido de que a Administração deve conferir tratamento igualitário aos cidadãos, independente de quem sejam. Outra dimensão do princípio corresponde à exigência de que a atuação da Administração seja voltada ao interesse público e não ao interesse imediato de um ou outro particular. Por fim, também se considera uma dimensão do princípio o fato de que os atos da Administração devem ser imputados ao ente público e não serem atribuídos em proveito pessoal do administrador.

O princípio da publicidade aponta que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível, o que se revela fundamental inclusive para o controle dos atos. Desse princípio emanam direitos fundamentais, como o de certidão, e remédios como o *habeas data*.

Os demais princípios gerais fundamentais (moralidade e eficiência), pela pertinência com o tema do presente trabalho, serão abordados adiante.

A par desses princípios gerais fundamentais expressos ou explícitos, há na doutrina diversas outras referências a outros princípios sob diferentes classificações. José dos Santos Carvalho Filho⁴⁷ enumera, a par dos citados princípios explícitos, outros que denomina “reconhecidos”, que seriam o da supremacia do interesse público, o da autotutela, o da indisponibilidade e o da continuidade dos serviços públicos.

Com efeito, a despeito de divergências existentes entre os autores na enumeração do “seu” rol e classificação dos princípios, o fato é que, a par desses princípios fundamentais, muitos outros também são aplicáveis à atuação administrativa, genérica ou especificamente dirigidos a alguma manifestação dessa atuação, como aqueles que se aplicam especificamente a licitações e contratos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua conhecida obra “Direito Administrativo” (índice remissivo)⁴⁸, cita os seguintes princípios relacionados à administração pública: ampla defesa, autotutela, continuidade do serviço público, contraditório, adjudicação compulsória, gratuidade, igualdade, da licitação, obediência às formas e procedimentos, participação popular, proporcionalidade, segurança jurídica, separação de poderes, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, economia processual, especialidade, finalidade pública, hierarquia, legitimidade, motivação, oficialidade, pluralismo de instâncias, presunção de legitimidade ou de veracidade e razoabilidade. Sem adentrar possível

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José do Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 720.

discussão sobre a efetiva caracterização de cada um desses com princípio ou regra, a enumeração serve para evidenciar, ainda que superficialmente, a relevância da interpretação e aplicação dos princípios na atuação da administração pública, no que se inclui a consultoria e assessoramento realizado pelas Consultorias Jurídicas da União.

Importa também mencionar que a utilização ou não de um princípio como fundamento do ato administrativo e a regularidade do ato nele fundado somente poderão ser adequadamente verificados a partir da *motivação* desse ato. Não obstante seja controverso o reconhecimento de um amplo dever de motivação de todos os atos, tem-se que a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos é estabelecida por determinados dispositivos específicos, como o art. 93, X, da Constituição Federal, os arts. 2º, *caput* e inciso VII, e 50, da Lei 9.784/99, sendo que, segundo Di Pietro⁴⁹, a motivação é fundamental para fins de controle da legalidade dos atos administrativos. Assim, quando se tratar de um ato cuja prática se relaciona diretamente com a normatividade de um princípio, seja por nele se fundar diretamente ou por se tratar de situação fática que se relaciona com o âmbito normativo de incidência de princípio, a adequada aplicação do princípio em questão somente se revelará pela motivação.

Dentre todos esses, destacam-se, para os fins do presente estudo, além do princípio da proporcionalidade (já abordado em tópico anterior, mas que será aqui retomado, em especial quanto à questão relativa ao fundamento normativo de sua utilização no direito brasileiro), os princípios da moralidade e eficiência. Isso porque são eles importantes parâmetros para o controle dos atos discricionários da Administração, já que não raro um ato administrativo submetido à análise do Advogado da União em sua atividade consultiva poderá estar observando a legalidade estrita e as exigências da publicidade e da impessoalidade mas, por outro lado, ser ineficiente e/ou violador da moralidade.

4.2 Princípio da moralidade

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁰, após ressaltar a necessidade de não se confundir a moralidade administrativa com a moral comum, esclarece que o administrador estará praticando uma imoralidade administrativa quando utiliza de seus poderes funcionais para obter resultados dissociados do interesse público específico a que deveria atender, o que compreenderia, além da hipótese de desvio de finalidade, as situações de ausência de finalidade e a ineficiência grosseira para o alcance da finalidade a que se propunha atender.

49 DI PIETRO, op. cit., 2002, p. 83.

50 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.96.

Segundo Emerson Garcia⁵¹, deve-se a Maurice Hauriou o pioneirismo na idealização e no estudo da moralidade administrativa, desenvolvendo sua tese no caso Gommel, Sirey, em 1917. Com efeito, ao desenvolver a possibilidade de recurso fundado no desvio de poder, afirmava Hauriou que este seria necessário para fiscalizar a conformidade dos atos aos ditames da “boa administração”, cuja zona de policiamento seria a da moralidade administrativa.

Hauriou, posteriormente, desenvolveu o conceito que esclarecia o que deveria se entender por moralidade administrativa, que corresponderia a uma moral jurídica caracterizada como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração⁵².

A moral administrativa seria extraída do ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios previstos em lei para o cumprimento da função do Poder Público, qual seja, a criação do bem comum, o que indicaria um tipo específico de moral, fruto dos valores de um círculo restrito ocupado pelos agentes públicos, uma moral interna, a partir das idéias de boa administração e de função administrativa.

A doutrina de Hauriou passou a ser objeto de intenso debate posterior, havendo a crítica que considera que a imoralidade é absorvida pela ilegalidade (Marcel Waline) e o pensamento (Georges Vedel) que entende que a lição de Hauriou deve ser parcialmente aceita, eis que o desvio de poder representaria a incorporação à legalidade de certos preceitos da moralidade⁵³.

Adotando-se a compreensão proposta por Emerson Garcia, tem-se que a ilegalidade e a imoralidade administrativa poderão, em algumas, situações, convergir, podendo, outrossim, ocorrer de um ato estar em conformidade com a legalidade estrita e, em suas características externas, estar dissonante da moralidade administrativa, “vale dizer, dos ditames de justiça, dignidade, honestidade, lealdade e boa-fé que devem reger a atividade estatal”⁵⁴. Ambas, ilegalidade e imoralidade administrativa, traduziriam situações de antijuridicidade.

A essência da moralidade administrativa corresponderia à adequação do ato aos valores subjacentes à atividade estatal e à harmonia com o dever de bem administrar e busca da consecução do bem comum. Contudo, extrair quais seriam esses valores próprios da atividade estatal consiste em uma tarefa extremamente complexa, eis que se deve realizar uma análise da realidade fenomênica sem dotar a conclusão de indesejado subjetivismo. A moralidade seria um mecanismo aglutinador, que reconstruiria a essência de diversos ditames (princípios, segundo Garcia, mas também regras e usos) regentes da

⁵¹ GARCIA, op. cit.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid., p. 15.

atividade estatal, de acordo com a história institucional, condensando-os em um *standards* que pode ser mais facilmente percebido do que definido.

A densificação da moralidade administrativa se realiza precipuamente em concreto, na medida em que se tem a prática de um ato que se revela consentâneo com os ditames regentes da atividade estatal, a finalidade pública e a consecução do bem comum. Essa constatação em concreto muitas vezes não se localiza isoladamente em um dos elementos do ato administrativo (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), que isoladamente podem estar em plena compatibilidade com a lei, vislumbrando-se em muitos casos a inadequação dos motivos declinados e da finalidade almejada com a realidade fática e o verdadeiro elemento volitivo do agente⁵⁵, o que também pode ser constatado pelo cotejo entre motivo e objeto. Os outros elementos também poderão ser reveladores (indiciários) da verdadeira intenção, dissimulada, do agente. A prática do ato em conformidade com a moralidade administrativa exige que se tenha uma harmonia entre a realidade fática, a intenção do agente e o ato praticado.

Em resumo, segundo Emerson Garcia⁵⁶, poderá ser identificada a afronta à moralidade administrativa quando:

Estará ausente a moralidade administrativa quando o agente praticar o ato fundando-se em motivo inexistente (ausência da situação de fato ou de direito que determine ou autorize a prática de um ato), insuficiente (o valor dos motivos não denota a necessidade do ato), inadequado (falta de correspondência entre o que deveria motivar o ato -causa- e a natureza categorial de seu objeto - efeito), incompatível (ausência de adequação com o objeto do ato) e desproporcional (valoração irrazoável dos motivos, levando a um resultado incompatível com o interesse público específico a que deveria visar o ato); identificando-se igual vício quando o objeto for impossível (o resultado jurídico almejado não se compatibiliza com o ordenamento jurídico ou com a realidade física), desconforme (incompatibilidade lógica entre a escolha e o interesse público contido na regra da finalidade) ou ineficiente (grave comprometimento do interesse público pela desproporcionalidade entre custos e benefícios).

Como exemplo de reconhecimento jurisprudencial de afronta à moralidade administrativa, pode-se mencionar a realização de gastos excessivos, a pretexto de outorga de títulos e honrarias, com bebidas, comestíveis, peças de vestuário etc. (TJSP, 4a CC., AP nº 186.613-1/0, rel. Des. Alves Braga, j. em 24.06.93, RT nº 702/7⁵⁷.

⁵⁵ GARCIA, op. cit.

⁵⁶ Ibid., p. 21.

⁵⁷ Ibid.

4.3 Princípio da eficiência

Afirma Di Pietro⁵⁸ que o princípio da eficiência se realiza em dois aspectos, relacionados ao modo de atuação do agente público e o modo de organizar e estruturar a Administração Pública, sempre, quanto a ambas, voltando-se ao alcance dos melhores resultados na prestação do serviço público.

Segundo Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr⁵⁹, o princípio da eficiência teria como uma de suas origens o princípio da boa administração do direito italiano. A sua previsão como princípio constitucional, que no direito brasileiro tem origem na Reforma Administrativa levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 19/98, encontra paralelo em outros textos constitucionais, como o da Espanha de 1978 (lá chamado de princípio da *eficácia*), das Filipinas de 1986 e do Suriname de 1987.

Mesmo antes de sua consagração como princípio constitucional, já se falava no Brasil em eficiência como dever da Administração desde a Reforma Administrativa de 1967. As normas internacionais também trazem diretrizes relacionadas à eficiência. A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, consagra o princípio da eficiência como um dos princípios fundamentais sobre o qual o setor público deve estar assentado. Hoje a sua normatividade é expressamente consagrada, a partir da Reforma de 1998, que substituiu o modelo burocrático pelo modelo gerencial de Administração.

Diogo Figueiredo⁶⁰ assevera que a eficiência administrativa deve ser entendida como a atuação voltada à melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, sendo um atributo técnico da administração, uma exigência ética a ser atendida e, ao mesmo tempo, uma característica jurídica exigível, a que corresponde um direito difuso da cidadania. Nesse último sentido, segundo Bertoncini e Knoerr⁶¹, tratando-se de um direito de cidadania, o seu exercício há de ocorrer pela via do diálogo coordenado e funcional, visando à integração social, nos moldes do agir comunicativo proposto por Habermas, realizado a partir do entendimento e da educação da população quanto a esse direito. Tal processo permitiria o verdadeiro exercício desse direito e a colocação em prática de um adequado controle social.

⁵⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 83.

⁵⁹ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; KNOERR, Viviane Coelho de Sellos. Cidadania, dignidade humana e o princípio da eficiência. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 237-257, jan./jun. 2011 - ISSN 1677-6402. Curitiba: 2011.

⁶⁰ MOREIRA NETO, op. cit., p. 96.

⁶¹ BERTONCINI; KNOERR, 2011.

José Eduardo Martins Cardozo (1999) afirma que o princípio da eficiência teria um caráter bipotencial. Isso porque a eficiência, encarada apenas sob o viés econômico, estaria relacionada à forma de se realizar uma tarefa, independentemente de seus resultados, podendo uma ação ser eficiente sem ser eficaz. A eficácia estaria relacionada ao resultado qualificado obtido a partir de um processo. A Reforma Administrativa implementada pela Emenda Constitucional nº 19/98 quis então obter mais do que a mera eficiência econômica, eis que o Plano Diretor da Reforma Administrativa e a Exposição de Motivos da Emenda Constitucional nº 19/98 destacam inclusive o objetivo de se atingir a qualidade nos serviços públicos. Assim, haveria um sentido jurídico de eficiência, mais amplo do que o meramente econômico, estando a eficácia, segundo aquela mesma acepção econômica, contida nessa compreensão jurídica da eficiência, que abrange assim, os meios e os resultados. Nesse sentido é que José Eduardo Martins Cardozo afirma se tratar de um princípio bipotencial.

Importante destacar também, como lembram Bertoncini e Knoerr⁶², que a eficiência também está relacionada ao menor sacrifício possível para os administrados, o que vai se disseminar em uma série de atividades realizadas pela Administração. A boa Administração Pública, por um lado, desempenha suas funções com acuidade em relação à forma, emitindo atos sem vícios e com obediência do devido processo administrativo. Evita-se, assim, o desfazimento de atos e o sacrifício indevido dos direitos dos administrados, que poderão estar sofrendo indiretamente por financiar uma administração que, ao praticar atos ilegítimos, desperdiça recursos e, ainda, quando for o caso, sacrificando-se diretamente, por estarem sofrendo a incidência direta de um ato ilegítimo e viciado, contrário à uma administração eficaz.

Por outro lado, o menor sacrifício também se relaciona com o aspecto do financiamento do Estado, respeitando-se o princípio da proporcionalidade e a otimização dos recursos públicos. A eficiência administrativa passa pelo combate ao desperdício e, obviamente, ao desvio de recursos públicos. Nesse sentido, o controle interno e externo da administração consiste em atividade essencial para se atingir a eficiência. A finitude do recursos e o custeio pela sociedade leva a escolhas trágicas por parte do administrador, sendo o zelo com a otimização dos recursos e economicidade dos atos tarefa de grande responsabilidade.

Nesse sentido, a atuação da Consultoria Jurídica da União assume papel fundamental, eis que a observância das regras e procedimentos nos instrumentos preparatórios e obrigacionais de licitações e contratos administrativos serve à prevenção de diversas ocorrências de desperdícios e até mesmo desvio de recursos, eis que não raro a burla ao procedimento

⁶² BERTONCINI; KNOERR. op. cit.

serve para se permitir a prática do ato com favorecimento e locupletamento indevido de particulares. Escolha de marca, especificação indevida do objeto, exigências irregulares de habilitação e outras práticas que possibilitam direcionamento de procedimentos licitatórios e, ainda, irregulares contratações diretas fundadas em emergência e infundados procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação são apenas alguns dos prejuízos com violação à eficiência que podem ser evitados por uma atuação independente, hígida e diligente da advocacia pública consultiva. Ainda que, por certo, tal não sirva para impedir completamente a ocorrência de tais desvios, muitas são as irregularidades prevenidas a partir dessa atuação.

O mesmo se diga em relação ao aspecto formal da eficiência no que se refere a evitar a prática de atos viciados, que não raro tem que ser repetidos, gerando indevido gasto de dinheiro público em duplicidade. Ademais, o vício no ato pode gerar desnecessárias despesas com indenização de particulares prejudicados, o que também pode ser prevenido com a atuação da Consultoria Jurídica da União.

Para que a sua realização seja plena e consentânea com o Estado Democrático de Direito, a eficiência administrativa não se sobreponha, por certo, aos demais princípios, em especial ao da legalidade. A busca da eficiência não poderia jamais representar um descaso ou inobservância do ditame da legalidade, adotando-se uma conduta não autorizada por lei por reputar-se mais eficiente. Não se trata aí de colisão entre princípios, mas sim do correto dimensionamento da eficiência, que, como já mencionado, não é meramente econômica, mas administrativa.

Esse conceito de eficiência importado da esfera privada deve, para além de conter a noção de eficácia, ser devidamente contextualizado para considerar também as exigências maiores do interesse público, os objetivos, interesses e valores consagrados e compartilhados como fundamentais pela coletividade, em uma contrução histórica compatível com a integridade do direito proposta por Dworkin. Além desse correto dimensionamento, deve-se dar especial importância em sua interpretação e aplicação para que esta dê em consonância com os demais princípios administrativos.

Nesse sentido, como salientam Bertoncini e Knoerr⁶³, deve-se observar a relação entre eficiência administrativa e dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos maiores da República (art. 1º, IV, da Constituição Federal) e do ordenamento jurídico. A eficiência, em sua dimensão econômica (economicidade), não pode servir para inibir a realização de atos e medidas que, conquanto onerosos, servem à realização do interesse público. Por exemplo, não se pode deixar de realizar as necessárias adaptações de garantia de acessibilidade por justificativas relacionadas à eficiência ou maior economicidade da obra sem tais

⁶³ BERTONCINI; KNOERR, op. cit.,

condições, pois trata-se de exigência maior da cidadania e do interesse público. A eficiência, nesse exemplo, estará na otimização dos recursos públicos utilizados para a garantia da acessibilidade, com o menor custo possível e, ainda, na observância das regras e procedimentos necessários em toda a contratação, inclusive quanto a tal aspecto. Tampouco se admite, ressalte-se, a inobservância de tais regras e procedimentos e a realização de despesas vultuosas, infundadas e desnecessárias sob a justificativa da relevância do interesse público subjacente, pois aí estará sendo desconsiderada a eficiência administrativa e, com ela, o próprio interesse público que justificaria a contratação.

Destacando o papel dos direitos fundamentais, Bertoncini e Knoerr⁶⁴ chegam a importante conclusão quanto ao tema:

Nessa perspectiva, poder-se-ia dizer que os direitos fundamentais merecem figurar como elemento componente do princípio constitucional da eficiência, cujo conceito poderia ser o seguinte: constitui-se o princípio da eficiência no Direito brasileiro contemporâneo no dever constitucional dos administradores públicos de otimização dos recursos públicos para a obtenção do melhor resultado possível com o menor dispêndio de recursos na execução de suas competências (dimensão econômica), sem se olvidar da necessidade de conciliação desse princípio com os demais princípios do Direito Administrativo e da incidência dos mecanismos de controle preventivo e repressivo (dimensão normativa), visando a prestação de serviços adequados à população, inclusive na concretização dos direitos fundamentais e na promoção da dignidade humana (dimensão finalística), dimensões que somadas delineiam o direito público subjetivo da população a uma Administração Pública eficiente.

Portanto, o correto dimensionamento da eficiência administrativa passa, sem dúvida, pela observância e respeito à dignidade da pessoa humana e aos demais valores fundamentais compartilhados pela comunidade que norteiam o interesse público, fazendo com que a eficiência administrativa não seja uma mera eficiência econômica, de meios, em descompasso com a realização de direitos (eficiência administrativa sob o viés da eficácia, dos resultados). Todavia, feito tal dimensionamento, impõe-se o respeito e a observância da eficiência administrativa em todos os seus aspectos, sob pena de restar deslegitimada a própria realização da medida que se justificaria no interesse público.

4.4 Princípio da proporcionalidade e sua normatividade no Brasil

Conforme já destacamos em capítulo anterior, Robert Alexy⁶⁵ desenvolveu e disseminou a concepção segundo a qual princípios

⁶⁴ BERTONCINI; KNOERR, op. cit., p. 254.

⁶⁵ ALEXY, op. cit., 2008..

guardam estrita relação com a máxima da proporcionalidade, podendo-se dizer que a proporcionalidade decorreria logicamente e seria deduzível da natureza dos princípios, servindo as máximas parciais da proporcionalidade para a delimitação dos princípios à luz das limitações fáticas e jurídicas que surgiriam em sua aplicação na qualidade de mandados de otimização.

A par dessa delimitação estrutural, que decorreria de uma determinada premissa teórica sobre o tema (e, portanto, da adoção dessa premissa), necessário apontar como se dá, no Brasil, a identificação da proporcionalidade como princípio.

Virgílio Afonso da Silva⁶⁶ identifica o que aponta ser uma busca por uma fundamentação jurídico-positiva do princípio da proporcionalidade no direito brasileiro. Em algumas decisões do STF, esse fundamento estaria citado como sendo o devido processo legal em sua dimensão substantiva (*substantive due process of law*), consagrado em nosso ordenamento jurídico no art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Segundo o mesmo autor, outros juristas identificariam a proporcionalidade com o princípio do Estado de Direito, como Gilmar Ferreira Mendes e Luís Roberto Barroso. Outros autores identificariam o princípio em diversos dispositivos constitucionais, como aqueles que consagram a legalidade e valores como a cidadania e a dignidade, sendo ainda mencionados os preceitos consagradores de remédios como o habeas corpus, o mandado de segurança e, ainda, o direito de petição, tratando-se de tendência que identifica como expressão da proporcionalidade os diversos dispositivos que utilizam o vocábulo “proporcional” ou similar. Por fim, o mesmo autor ainda noticia a doutrina de Wilis Santiago Guerra Filho, que afirma que a proporcionalidade integraria o direito positivo por força do art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, por decorrer do regime e dos princípios adotados na Constituição.

De toda sorte, afigura-se correta a afirmação de Virgílio Afonso da Silva⁶⁷ segundo a qual essa busca por uma fundamentação jurídico-positiva é infrutífera, na medida em que a proporcionalidade decorreria da própria estrutura dos direitos fundamentais e dos princípios e não de um ou outro dispositivo constitucional. Trata-se de conclusão que não destoa de todo da última teoria citada (decorrência dos princípios por ela adotados), eis que se decorre da natureza dos princípios, não deixa de ser uma decorrência daqueles consagrados na Constituição, mas em verdade a origem, como mencionado, está na própria estrutura daqueles e não deste dispositivo, que apenas reconheceria a possibilidade dessa decorrência.

Assim, sendo deduzível logicamente dos princípios e servindo à delimitação dos destes à luz das limitações fáticas e jurídicas que surgiriam em sua aplicação na qualidade de mandados de otimização, tal aplicação

⁶⁶ SILVA, op. cit., 2002.

⁶⁷ Ibid.

ocorre também quanto aos princípios aplicáveis à administração, assim também quanto à moralidade e eficiência.

4.5 Eficiência, moralidade e proporcionalidade como parâmetros de controle na atuação da Consultoria Jurídica da União

A atividade da advocacia pública consultiva, dotada do dinamismo inerente ao cotidiano da administração cujos atos analisa, passa pelo exame prévio de uma série de atos administrativos, como já salientado, dentre eles minutas de editais de licitação e contratos, processos administrativos para contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitações ou, ainda, contratações diretas por emergência, consultas diversas sobre variados temas (desde uso de bens da União a questões jurídicas alusivas a repactuações), além de processos administrativos disciplinares e sancionadores de empresas contratadas.

Alguns desses casos submetidos à apreciação são de menor complexidade e exigem uma análise que se resume a questões de legalidade estrita e de apreciação do processo à luz do direito positivo. Porém, em diversos outros há questões mais complexas que exigem do advogado a análise à luz de princípios jurídicos. Dentre esses, os princípios da moralidade e da eficiência têm larga aplicação, assim como pode ser utilizado, para solução de eventuais conflitos, o princípio da proporcionalidade.

A par de toda a complexidade da tarefa alusiva ao correto e adequado manejo dos princípios, em relação à atuação da advocacia pública consultiva há ainda um outro fator complicador: o advogado deve respeitar o mérito do administrador, eis que os parâmetros normativos que autorizam sua intervenção são previamente definidos e limitados e, ainda, tem que lidar com a questão institucional relativa ao papel da Advocacia-Geral da União em sua função consultiva, que muitos pretendem que seja uma mera advocacia consultiva do administrador; contudo, *ultima ratio*, tal raciocínio conduziria a uma advocacia que inclusive o assessoraria na prática de eventual ilícito, o que, por óbvio, não se pode admitir. Adotando-se os fundamentos já abordados no primeiro capítulo, afasta-se tal dificuldade adotando-se como premissa a compreensão da Advocacia-Geral da União em seu pleno status institucional conferido pela Carta de 1988, tratando-se de função essencial à Justiça (e não mero órgão do Poder Executivo), com certo grau de independência, competindo-lhe, em sua atuação, zelar pela juridicidade da atuação da Administração e pelo respeito aos princípios e valores constitucionalmente consagrados.

Subsiste a primeira dificuldade relatada, relativa ao respeito ao mérito administrativo, a qual vai perpassar toda a atividade do advogado, que deve enfrentá-la com fundamentação, técnica e postura metodológica adequada. Passa-se, por ora, à questão alusiva à tarefa de identificação de eventual

violação a princípios, para no tópico seguinte tratar da tarefa relativa ao desenvolvimento da atividade consultiva tal como daí decorrente.

Ressalte-se que os exemplos citados a seguir e a menção a possíveis providências adotadas não têm a pretensão de oferecer um roteiro de atuação para o advogado nem considera uma série de questões referentes à violação de diversas regras que estariam relacionadas a tais casos, mas apenas se pretende apresentar um esboço de tais análises à luz da normatividade dos princípios citados, em especial no que se refere às providências para possível identificação da violação ou não a tais princípios.

Em relação ao princípio da moralidade, há situações em que o objeto e a motivação declarada revelam um indício de desrespeito a tal princípio. Por exemplo, há casos de processos administrativos submetidos à análise que tem por objeto a instrução de procedimento que, dentre outros itens, abrange a aquisição de bebidas (inclusive alcoólicas) de alto padrão (e elevado valor) por autoridades que não são aquelas de alto escalão da República (as quais exercem atividades de representação, como as diplomáticas, que poderiam justificar com mais tranquilidade tais aquisições). Em tais casos, o processo pode estar todo instruído com perfeição sob o prisma da legalidade estrita e, ainda assim, resta ao advogado ultrapassar a questão alusiva ao respeito ao princípio da moralidade.

Em tal situação, alguns passos podem ser adotados para que se tenha uma análise do respeito à moralidade administrativa e se preserve o mérito administrativo. Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que, como delineado no tópico deste trabalho alusivo ao princípio da moralidade, em tal situação não é propriamente (ou somente) o objeto da contratação que está em análise, mas em especial a adequação entre o motivo e o objeto. Essa adequação (ou falta dela) será um dos principais fatores para se concluir pelo respeito ou não à moralidade administrativa em seu aspecto jurídico (e não como resultado de mero subjetivismo do advogado).

Assim, o primeiro passo adotado pelo advogado, diante desse objeto, poderá ser a análise da fundamentação declarada no processo, reveladora do motivo do ato que se pretende praticar. Pode ocorrer de autoridades máximas regionais de instituições federais pretenderem realizar tais aquisições sem apresentar nenhuma justificativa específica ou excepcional que esclareça o porquê daquela contratação, litmitando-se a fazer referência, por exemplo, à “aquisição de materiais e suplementos para consumo interno, tendo em vista as necessidades com alimentação”. Ausente tal motivação específica que esclareça aos órgãos de controle e à sociedade os motivos de tal contratação, resta ao advogado (além da possibilidade de realização de diligências complementares para melhor instrução do processo pelo órgão, aqui desconsiderada para que se tenha uma análise do caso) verificar se o objeto da contratação está adequado ao motivo declinado - no caso, se a contratação de bebidas alcóolicas de alto padrão

para consumo interno está adequada ao interesse público que norteia a atividade da administração e ao valores consagrados constitucionalmente, inclusive à luz das práticas administrativas comumente consagradas que reconstroem a história institucional da administração pública.

Nesse caso, considerando o delineado cenário fático e à luz de tais parâmetros, a conclusão seria que a contratação, tal como pretendida e fundamentada no processo, não estaria consonante com as exigências do interesse público e com os valores consagrados constitucionalmente e partilhados pela comunidade nas práticas administrativas reconhecidas, eis que não se vislumbraria por qual razão seria necessária para a realização do interesse público a aquisição de bebidas alcoólicas de alto padrão em tal situação, não se justificando, à luz dos citados parâmetros, apenas pela pretensa hierarquia das autoridades que porventura poderiam consumir os produtos em seu proveito individual.

Da mesma forma, a adequada aplicação do princípio da eficiência e seu correto dimensionamento constitui constante e complexa tarefa enfrentada no exercício da advocacia pública consultiva. Com efeito, a eficiência que se almeja obter com a entrega dos serviços aos cidadãos pela via da otimização dos recursos com a máxima economia e eficácia possível não raro se mostra abalada em processos administrativos de deficiente instrução, em que se descuida da demonstração de que a preparação da contratação foi realizada de modo a garantir a otimização das despesas, evitando-se o desperdício de recursos. Deficiente pesquisa de preços e insuficiência e falta de clareza e cuidado no preenchimento de planilhas de custos são alguns exemplos de vícios que podem não representar, sob o ponto de vista jurídico, um defeito no procedimento sob a ótica da legalidade estrita, mas sim um vício de ordem técnica e material, relativo à própria atividade administrativa. Assim, tais questões não consistiriam, em princípio, em tarefa da Consultoria Jurídica da União, que somente tem atribuição (e habilitação técnica, inclusive) para o exame dos atos em seus aspectos jurídicos (e não técnico-financeiros).

Nada obstante tal conclusão, não se pode desconsiderar que em determinadas situações, o vício apresentado no procedimento revela-se tal que afronta desde já o princípio da eficiência, por revelar um descuido no exercício da despesa pública, tratando-se de um ato que viola as exigências da economicidade. A tarefa do advogado passaria, então, não pelo exame de cálculos e valores, o que (salvo no caso de erros grosseiros) representaria não só invasão indevida mas exercício de atividade sem habilitação técnica, mas sim pela verificação do procedimento em seus aspectos formais de modo que revelem para aquele que o examina uma transparente, clara e zelosa atuação no que se refere aos valores em questão.

Nesse sentido, caberia ao advogado, por exemplo, verificar se o processo encontra-se instruído com adequada e suficiente pesquisa de preços,

que, por sua abrangência, permita revelar que de fato adotou-se o zelo no que concerne à verificação dos valores praticados no mercado quanto ao objeto da contratação. Adequação, transparência e clareza também são fatores a serem considerados na verificação de outros elementos técnico-financeiros como preenchimento de planilhas, que não poderão ser verificados em sua integralidade pelo advogado, mas poderá este adotar cautelas básicas que ao menos representem uma tentativa de se preservar o princípio da eficiência. Embora tais tarefas sejam complexas, não se podendo simplesmente atribuir ao advogado o dever de realizar análise que tangencie uma apreciação de questões técnico-contábeis cujo conhecimento não detém, caso o advogado, embora sem ter tal dever funcional, logre constatar que determinada contratação violaria o princípio da eficiência por vício de tal natureza, poderá apontar o problema a ser sanado. Isso não caracteriza invasão indevida do mérito administrativo, mas sim análise sobre aspectos jurídicos, ainda que tangenciando conhecimento técnico de outra natureza.

Ademais, também ocorre, por exemplo, constante conflito entre direitos fundamentais de acentuada relevância, cuja proteção se almeja pela pretendida contratação, e o princípio da eficiência. Trata-se de situações em que a relevância de direitos fundamentais que se pretende tutelar é utilizada como fundamento para a prática de atos que se revelariam contrários à eficiência administrativa. É certo que, como já salientado, a eficiência administrativa não se confunde com aquela meramente econômica, de modo que a prática de um ato não pode ser analisada apenas sob o prisma dos custos financeiros, sob pena de serem desconsiderados os objetivos do Estado. No entanto, a prática do ato em total desconsideração dos ditames da eficiência acaba por ser contrária ao interesse público alegadamente justificador da medida, eis que, dentre outros fatores, desconsidera a finitude do recursos públicos, que se destinam a garantir outros direitos tão ou mais relevantes.

Por exemplo, suponha-se que o órgão que cuida da tutela da saúde indígena - missão de inegável e evidente relevância constitucional - pretende reiteradamente a realização de aquisições várias (equipamentos, medicamentos, peças para barcos etc.) por contratações diretas ou outros procedimentos que destoam daquele legalmente estabelecido, com fundamento na urgência e na relevância do direito. Ademais, sob o mesmo fundamento, o órgão não observa outras exigências em tais procedimentos, como a realização de ampla pesquisa de preços e a realização de especificações que representem escolha de marca (em hipóteses que não as legalmente autorizadas), não observando, ainda, as regras emanadas pelas autoridades superiores do próprio Ministério da Saúde.

Todas essas situações desafiam a análise jurídica do advogado, que deverá levar em conta o fato de que se tratam de atos que buscariam a garantia de direitos fundamentais da população indígena. A primeira medida que pode ser considerada pelo advogado em tal análise seria considerar a motivação da

autoridade e a instrução do procedimento em geral, a fim de que se possa garantir que eventuais decisões administrativas tomadas no processo com base na suposta urgência estejam devidamente fundamentadas e claras, assim também no que se refere às consequências de tal decisão, em seus aspectos financeiros. A fundamentação é uma elemento fundamental em procedimentos que digam respeito a possíveis atos ou contratações fundadas em alegada urgência, para que se possa minimizar um possível prejuízo financeiro a partir de uma ampla e adequada pesquisa de preços e, ainda, para que se possam identificar os responsáveis por dar causa à alegada urgência (ausência de aquisições planejadas, caso fosse possível), bem como para eventual responsabilidade da autoridade pela (in)veracidade dos motivos do ato, caso seja eventualmente questionado posteriormente pelos órgãos de controle.

Se o ato não atender tais requisitos mínimos, será o caso de o advogado possivelmente considerar não demonstrada a situação justificadora da suposta urgência, não se podendo criar uma presunção nesse sentido apenas pela relevância do direito. Assim, a contratação poderá ser considerada juridicamente não aprovada, por afronta a preceitos de legalidade estrita, se for o caso, ou, ainda, por violação ao princípio da eficiência, eis que se vislumbraria a prática de ato antieconômico e potencialmente lesivo ao erário sem a devida motivação justificadora da excepcionalidade (lembmando sempre que, em qualquer caso, a autoridade do órgão, que tem conhecimento dos fatos e foi responsável pela deficiente instrução do processo, poderá, sob sua exclusiva responsabilidade, promover a contratação mesmo com a não aprovação quando da análise jurídica, evitando-se, com isso, eventual perecimento de direito que embora sem que tal circunstância tenha sido demonstrada, esteja sob urgente ameaça, o que seria feito, repita-se, sob exclusiva responsabilidade da autoridade que deu causa à deficiente instrução do processo).

Se a justificativa da urgência, da excepcionalidade e a demonstração de ausência de prejuízo financeiro forem demonstradas pela autoridade na instrução do procedimento, deveria o advogado, se preenchidos os requisitos legais para aprovação, aprovar as minutas, não sem ressalvar a necessidade de apuração de responsabilidade daqueles que, por ausência de cautela na gestão dos recursos, derem causa à emergência, inclusive comunicando o fato aos órgãos de controle, se for o caso, eis que, não obstante eventualmente demonstrada a regularidade em tese da contratação no caso, poderá estar ocorrendo desrespeito à eficiência administrativa, especialmente se a prática que der causa à emergência for reiterada.

Ademais, ainda em relação ao princípio da eficiência, vale lembrar o já salientado quanto ao fato de que a atuação da Consultoria Jurídica da União em relação ao zelo pela observância da regularidade formal e dos procedimentos nas rotinas da Administração também se revela condizente com a eficiência administrativa, já que evita, dentre outros

possíveis prejuízos, a prática repetida de atos por sua invalidade, bem como eventual direito a indenizações por particulares prejudicados por uma conduta irregular da Administração.

Já a máxima da proporcionalidade constitui importante ferramenta para subsidiar a atuação do advogado no exercício da função pública consultiva, quando depara com situações de conflitos entre princípios. Assim, por exemplo, em situações em que princípios como a moralidade ou a eficiência possam estar potencialmente violados por uma contratação que, por exemplo, se revela em princípio como antieconômica ou imoral, as três máximas da proporcionalidade poderão subsidiar a atuação do advogado.

A título de exemplo, cite-se um procedimento em que se busque formalizar, por dispensa de licitação, a cessão onerosa de uso de bem público, consubstanciado em área de terreno militar de forte que avança sob faixa de areia (uma “praia privativa”, no popular), para exploração por particular para realização de festas privadas na área da praia nos meses de dezembro a fevereiro, sob remuneração de R\$100.000,00.

Em tal caso, poderão, em tese, estar atendidos os ditames da legalidade estrita para a contratação, mas, ainda assim, remanescerem dúvidas sobre a sua validade. Isso porque a destinação de determinada área a unidade militar (forte) atenderia, em princípio, os ditames da segurança nacional, mas o uso de bens públicos seria regido por lei, que estabeleceria em regra as possibilidades e vedações para a exploração do bem. Não havendo vedação, o ato seria, em tese, legal.

Caberia, então, percorrer as três máximas da proporcionalidade. Deveria ser verificado, inicialmente, o declarado motivo do ato, supondo-se que seja no exemplo “a necessidade de angariar recursos para a realização de reformas na unidade, tendo em vista a contingência orçamentária a que foi submetida a instituição”. Nesse caso, tem-se que a celebração da cessão onerosa e temporária do espaço revela-se adequada para atingir ou fomentar o objetivo pretendido, que é o de angariar recursos financeiros para serem licitamente empregados na melhoria das instalações.

Em relação à necessidade, caberia questionar se haveria meio menos gravoso para os direitos em jogo que pudessem conduzir aos mesmos resultados (obtenção de recursos financeiros para reformas). Aqui talvez se pudesse chegar a uma resposta positiva, pela existência de meios alternativos, considerando medidas como economia de despesas. Considerando, porém, que uma instituição pública como o Exército não têm meios próprios de gerar recursos financeiros para si, seria complicado concluir pela existência de uma medida alternativa menos gravosa, concluindo-se, então, que o ato passaria pelo crivo da necessidade.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, deve ser questionado se a limitação à moralidade administrativa e aos princípios que regem o uso de bens públicos representada pela medida pode ser

justificada pelos seus objetivos, que se referem aos recursos financeiros revertidos em prol da instituição.

Conquanto a questão seja complexa e se possa chegar a diferentes respostas, tem-se que a cessão onerosa do bem (“faixa de areia”) pela instituição representaria grave violação aos princípios que regem o uso de bens públicos e à moralidade administrativa, sem que esteja justificada pelos motivos do ato (recebimento de recursos financeiros para melhorias na instituição). Com efeito, uma vez limitado permanentemente o uso comum de bens públicos sob justificativa relacionada à segurança nacional, em especial áreas que normalmente são aproveitadas pela população, o recebimento de recursos financeiros pela instituição não justifica a excepcionalidade de tratamento. Ora, se a restrição de acesso se justifica pela exigência de segurança nacional, não é dado à autoridade, ao seu alvitre, excepcionar a restrição de acesso em prol do recebimento de recursos financeiros pela instituição, transformando o interesse da segurança nacional em uma mera questão de pagamento pelo acesso. Ou bem o acesso é limitado pela segurança nacional, ou não é.

Assim, não havendo justificativa para a restrição aos direitos da cidadania, inclusive ao princípio da moralidade, haveria um ato geral limitador de acesso com base um um motivo (segurança nacional), afastado por um outro ato específico cujo motivo (recebimento de recursos) é incompatível com aquele, violando-se, assim, o interesse público e a conduta administrativa esperada do agente público. Haveria, portanto, com base em raciocínio conduzido pela proporcionalidade, violação a princípios jurídicos norteadores da atividade da administração pública.

A despeito da conclusão a que se chegou na condução do raciocínio, que pode não ser a melhor, trata-se de mero exemplo das possibilidades que a proporcionalidade e suas três máximas oferecem ao advogado público no exercício da função consultiva.

4.6 Métodos e parâmetros para a atuação consultiva do Advogado da União à luz dos princípios

Estabelecida algumas premissas e possibilidades quanto à atuação da advocacia pública consultiva em relação aos procedimentos para possível identificação de princípios jurídicos violados, cumpre perquirir a respeito de algumas posturas e procedimentos a serem adotados para que seja exarado o parecer jurídico com base em tais fundamentos.

Trata-se, como já salientado, de difícil tarefa a de zelar pelo respeito aos referidos preceitos com uma correta aplicação da teoria dos princípios, sem que tal se traduza na utilização indiscriminada de tais mandamentos para fazer prevalecer razões não jurídicas (morais, valorativas ou subjetivas) no controle do ato.

Caberá, pois, ao advogado, inicialmente, prestar especial atenção à sua fundamentação, eis que nela é que poderá se encontrar ou não as razões de uma construção legítima de um discurso jurídico, técnico e racional. Ao simplesmente lançar mão dos princípios sem esclarecer e demonstrar o porquê de sua aplicabilidade no caso, o advogado estará recorrendo a mero argumento que, por si, não tem um significado jurídico cuja pré-compreensão seja um dado comum em toda a comunidade. O caráter aberto dos princípios e a possível existência de regras ou outros princípios que tangenciam as circunstâncias do caso exigem que se demonstre a razão pela qual um e não outro é aplicável.

Assim, caberá ao profissional zelar para que a motivação do ato apresente consistência e coerência, cuidando para que os fins que se objetiva alcançar sejam correspondentes ao instrumento consubstanciado no próprio ato e que tal esteja devidamente demonstrado.

A fundamentação deve revelar a postura metodológica e o discurso jurídico empregados, evitando-se inconsistências que infirmem o seu desenvolvimento em si. Portanto, o recurso ao princípio deve ser consistentemente fundamentado, evitando-se a mera menção desprovida de fundamentação, que significaria um argumento de política. A sua pertinência e a correspondência entre os fundamentos e a conclusão a que se chega também devem ser demonstradas.

Na construção dessa fundamentação, muitas são as premissas teóricas que podem ser adotadas. Quer seja filiando-se ao pensamento de Dworkin, Alexy, Habermas ou outro pensador, no que tenham de divergência, o importante é que essa fundamentação seja solidamente construída, evitando-se a mera citação ou evocação de princípio como argumento de retórica, para lembrar a já citada crítica de Virgílio Afonso da Silva⁶⁸ (2002). Todos os citados pensadores têm, em suas teorias, caminhos que vão permitir a construção pelo advogado de uma sólida fundamentação a respeito.

Uma importante premissa a ser respeitada é a da integridade do Direito, proposta por Dworkin. Nesse sentido, seria necessária uma coerente compreensão, interpretação e aplicação do Direito⁶⁹, com respeito aos precedentes e à reconstrução histórica do Direito, resgatando-se as premissas aceitas e compartilhadas pela comunidade. Considerando o caráter aberto dos princípios, torna-se, pois, importante respeitar as premissas compartilhadas pela comunidade na construção do sentido e dimensão desses princípios e, para tal fim, os precedentes, as manifestações dos órgãos de controle e os textos que revelem compreensões da sociedade em geral (documentos produzidos por associações e organizações da sociedade civil de atuação reconhecida, por exemplo) são relevantes e devem ser levados em conta.

68 SILVA, op. cit., 2002.

69 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Nessa busca por integridade, o advogado deve buscar no ordenamento, dentre os princípios válidos, o que melhor se coaduna com a manutenção da coerência e integridade do sistema.

Vale destacar que a aplicação dos princípios afigura-se plenamente consonante com a possibilidade de uma construção que respeite a integridade do Direito. A estrutura normativa principiológica, como já salientado, encontra-se aberta hermeneuticamente à construção intersubjetiva dos sentidos pela prática discursiva e dialógica, permitindo a reconstrução do direito como integridade e a produção de uma argumentação que permita o convencimento e a reconstrução coerente do direito. Esse deve ser o cuidado do advogado no exercício da função pública consultiva, sem recurso a considerações morais ou subjetivas, com a construção de uma fundamentação compatível com a integridade do direito, que preserve a sua reconstrução histórica do direito e o respeito à construção intersubjetiva de significados a partir das premissas compartilhadas pela comunidade, buscando-se a coerência do sistema.

Também merece ser observada a perspectiva proposta por Habermas, para que sejam afastados valores ou ideologias *a priori* do contexto de aplicação, assumindo o procedimento papel fundamental, com uma perspectiva dialógica a partir de uma argumentação que se presta ao convencimento e à aceitação do discurso. Assim, a fundamentação que se utiliza do princípio deve ser construída no processo de modo a ser compreendida e aceita, a partir das múltiplas possibilidades e argumentos aplicáveis ao caso.

Ainda dentre as proposições teóricas fundamentais da teoria dos princípios, caberá ao advogado adotar a cautela de, se utilizar a importante ferramenta da máxima da proporcionalidade, não se limitar a mera menção ao princípio, como não raro ocorre. Deverá, assim, percorrer em sua fundamentação as três máximas parciais da proporcionalidade - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, enfrentando cuidadosamente todas as respectivas exigências e peculiaridades, abordando-se cada um dos elementos que as definem e caracterizam.

5 CONCLUSÃO

A Advocacia-Geral da União, conforme perfil atribuído pela Constituição de 1988, tem relevante missão institucional. A AGU não foi definida pelo constituinte como mero órgão do Executivo, sendo instituição essencial à justiça que, dentre outras funções exerce, em âmbito extrajudicial, a consultoria jurídica da União. Em tal atividade, cumpre-lhe analisar previamente atos e instrumentos como minutas de editais, contratos e convênios, na defesa do interesse público e dos valores constitucionais, não somente para fornecer subsídios jurídicos ao administrador (atividade de assessoramento) mas também para apontar,

quando for o caso, os vícios que infirmam o procedimento e que apontam para a rejeição do ato.

O respeito aos princípios constitucionais e o cuidado com sua correta interpretação e aplicação é parte fundamental nos dias de hoje, em que o reconhecimento da força normativa dos princípios encontra-se disseminado. E para tal tarefa é importante o conhecimento a respeito da teoria dos princípios, em suas diversas formulações e proposições.

Dentre tais formulações, a teoria de Ronald Dworkin apresenta as diretrizes originais fundamentais de uma teoria dos princípios, tal qual os aplicamos hoje. Com ela as dificuldades da concepção positivista e do decisionismo, que não apresentavam uma solução adequada para o problema referente à estrutura aberta da linguagem e sem considerar a estrutura principiológica de certos “padrões” já utilizados na jurisprudência, passam a ser parcialmente superadas. Dworkin apresenta uma definição que permite compreender o que é um princípio a partir de suas características estruturais fundamentais, distinguindo-os das regras e de outras categorias próximas, como “políticas”, traçando ainda importante distinção entre “argumentos de princípio” e “argumentos de política”. Diversas outras premissas fundamentais, como o respeito à integridade do direito, são desenvolvidas pelo professor de Oxford como uma perene contribuição à teoria geral do direito.

Acompanhando algumas formulações de Dworkin e desenvolvendo outras quanto a pontos de divergência, Robert Alexy apresenta também grande contribuição sobre a matéria, em especial quanto ao nível de detalhamento a que chega em sua proposição acerca da aplicação dos princípios e da solução para os casos de conflitos em tal aplicação. Coube a Alexy o desenvolvimento da compreensão segundo a qual os princípios representariam mandados de otimização e, a partir dessa natureza, teriam uma estrutura própria de aplicação, que também levariam a situações especiais de conflitos, para as quais o professor de Kiel também desenvolve uma formulação própria, a partir do peso que os princípios assumiriam nas circunstâncias de sua aplicação em concreto. Nessa formulação, como decorrência da natureza dos princípios, assumiria papel fundamental a máxima da proporcionalidade e suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que conduziriam o intérprete na solução do conflito.

Outras proposições fundamentais vão subsidiar o aplicador do Direito, como aquela apresentada por Habermas, cosentânea com as exigências democráticas da contemporaneidade, que destaca o papel do procedimento e do discurso, em uma perspectiva dialógica da construção do Direito, em que o recurso à integridade deixa de ser um momento de protagonismo no monólogo do juiz Hércules de Dworkin para ser um debate assumido pela comunidade no procedimento.

No Brasil, a chamada constitucionalização do direito, que, como proposto por Guastini, passa pelo reconhecimento da força normativa dos princípios, ganha corpo ao longo dos anos, principalmente com a contribuição da chamada doutrina da efetividade. Chega-se, assim, ao estágio atual, em que o reconhecimento da força normativa dos princípios é uma premissa geral bastante aceita, mas sem que se tenha igualmente disseminado um cuidado com uma fundamentada aplicação da teoria dos princípios. Muitas vezes na jurisprudência o que se tem é o uso dos princípios como um mero argumento de retórica, sendo importante que o intérprete, inclusive o advogado público no exercício da função consultiva, esteja atento para evitar tais vícios e realizar uma aplicação dos princípios adequada às exigências democráticas quanto à apresentação de correspondente fundamentação.

No exercício dessa função consultiva, poderão ocorrer diversas situações em que a legalidade estrita esteja sendo respeitada, mas o ato em formação apresente indícios de contrariedade a princípios que regem a administração pública, em especial os princípios da moralidade e eficiência. Deve, pois, o advogado prestar especial atenção à compreensão e dimensionamento desses princípios, considerando a sua dimensão jurídica e não outras compreensões que posam estar relacionadas aos mesmos vocábulos (eficiência econômica, moral individual subjetiva etc.). Em relação à moralidade administrativa, deve ser verificado se o ato afronta os valores e premissas compartilhados pela comunidade quanto ao comportamento que se espera da administração pública voltada ao interesse público, prestando-se atenção à adequação entre o motivo do ato e o objeto, verificando-se se a motivação não representa dissimulação de outro motivo real, dissociado do interesse público. Em relação à eficiência, deve-se considerá-la em sua dimensão jurídica, que contém não só a necessidade de otimização dos meios, mas também a eficácia em relação aos resultados, que, afinal, representam a realização do interesse público que justifica a atuação da administração. Os aspectos da economicidade não devem ser considerados como impeditivos, por si sós, à realização de um ato dispendioso que vai ao encontro da concretização da cidadania e da dignidade humana, sendo, por outro lado, um mandamento que impõe que esse ato seja realizado pelo menor custo possível e com todas as exigências inerentes à cidadania e à democracia (motivação, transparência etc.) atendidas.

Tais princípios são, portanto, fundamentais para o exercício da advocacia pública consultiva, sendo que a para a aplicação desses e de outros princípios, notadamente em situações de colisões entre eles, a máxima da proporcionalidade constitui importante instrumento para essa atuação, eis que percorrendo suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, o advogado poderá enfrentar a questão sob premissas técnicas e racionais, sem recurso a subjetivismos.

Uma vez identificada a afronta a princípio, cabe ao advogado concretizar sua atuação por meio de adequada e consistente fundamentação, eis que a utilização do princípio exige a produção de discurso que atente para o caráter aberto das normas, demonstrando as razões de sua aplicação no caso. O respeito à integridade do Direito, a construção de um discurso dialógico e adequado ao convencimento e a correta utilização da máxima da proporcionalidade são alguns dos instrumentos fornecidos pela teoria dos princípios para essa tarefa.

A história da administração pública no Brasil, como se sabe, não se notabiliza pelo zelo com o atendimento ao interesse público. Mais do que a corrupção em si, a captação do poder político por grupos econômicos e a consequente prática de atos desviados da finalidade pública constituem parte do cotidiano da administração, independente de quem seja o detentor do mandato da vez ou de qual ente federativo (municipal, estadual ou federal). O reconhecimento do papel da advocacia pública consultiva e o fortalecimento da análise prévia da consultoria jurídica, ainda que insuficiente para controlar todos os aspectos do ato, notadamente aqueles de natureza financeira, são extremamente relevantes para que se possa conduzir os atos administrativos para aquilo que deveria ser a sua única e exclusiva finalidade: a realização do interesse público. E, ao manejar corretamente princípios fundamentais como o da moralidade e da eficiência, o advogado no exercício da função pública consultiva assume papel proeminente nesse cenário, já que passa a ser ele veículo direto dos valores fundamentais compartilhados pela coletividade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AZEVEDO, Damião Alves. *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 40 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 08 jun. 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; KNOERR, Viviane Coelho de Sellos. Cidadania, dignidade humana e o princípio da eficiência. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 12, n. 1, p. 237-257, jan./jun. 2011 - ISSN 1677-6402. Curitiba: 2011.
- CASTRO, Aldemario Araújo. A Advocacia Pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Revista da AGU*, v. 7, n. 15, mar. 2008.
- CARVALHO FILHO, José do Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de informação legislativa*, v. 39, n. 155, Brasília, 2002.
- GUEDES, Jefferson Guarús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coordenação). *Nos limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União*: livro comemorativo aos 15 anos. Brasília: UNIP, UNAF, 2009.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México/D.F.: Fontamara, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1994.
- HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. A Advocacia Pública como tutora da ética e do resguardo dos direitos fundamentais. *Revista da AGU*, v. 8, n. 20, abr./jun. 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MOURÃO, Carlos Figueiredo. A Advocacia Pública como instituição de controle interno da administração. *Revista Zênite*, v. 9, n. 105, abr. 2010.

NETTO, Menelick de Carvalho. *Texto-base 1: Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 25 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 09 jun. 2013.

_____ ; SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 5: Limites internos e externos e o “conflito de valores”*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 16 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 08 jun. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 2: Teorias jurídicas positivistas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 17 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 2002, ano 91, v. 798.

SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da Silveira. A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas. *Revista da AGU*, ano VIII, nº 20. Brasília, DF, abril-junho 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

VIEIRA Junior, Ronaldo Jorge Araujo. A Advocacia Pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU*, v. 8, n. 19, p. 9-40, jan./mar. 2009.

CORRUPÇÃO: SUA APLICABILIDADE AO CASO BRASILEIRO

Gihad Menezes

SUMÁRIO: Introdução; 1 Corrupção; 1.1 Origem histórica da corrupção; 1.2 Princípio da Transparência; 1.3 Percepção quanto à corrupção; 2 Controles sobre a corrupção; 2.1 Ministério Público; 2.2 Advocacia Pública; 2.3 Tribunal de Contas; 2.4 Controladoria-Geral da União; 3.5 Controle Interno; 4 Corrupção como improbidade administrativa; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A presente monografia busca analisar os tipos existentes de corrupção que prejudicam a administração pública brasileira. O método utilizado engloba a pesquisa de sítios da Internet, artigos e livros relacionados ao tema. O estudo tem o objetivo geral de compreender como o fenômeno mundial da corrupção, um tema extremamente atual e de grande relevância à vida moderna, pode ser analisado e também será demonstrado como ele aflige o mundo globalizado. Como objetivo específico, o trabalho tem a finalidade de fomentar um maior controle social por meio de uma maior participação ativa do cidadão no conhecimento das ações efetuadas com o erário público e, com isso, melhorar e qualificar a percepção da sociedade organizada sobre os efeitos da corrupção para, consequentemente, promover um debate que esclareça cada vez mais a importância da transparência e da ética no trato com a coisa pública. Como proposta de problematização, o tema em si é muito controverso. Estudiosos conhecem o problema, mas as soluções não são efetivadas. Por isso, o problema advém na proposta de encontrar um desenvolvimento que consiga acompanhar os sintomas das mudanças que a corrupção sempre tende a acarretar e de poder, com a devida transparência dos atos governamentais, entender e acompanhar o que é feito com a res publica.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Improbidade Administrativa. Administração Pública.

ABSTRACT: This monograph seeks to analyze the existing types of corruption that undermine the Brazilian public administration. The method comprises the research of websites, articles and books related to the topic. The study has the overall aim of understanding how the global phenomenon of corruption (a very current topic of great relevance to modern life) can be analyzed and will also be shown how it afflicts the globalized world. As a specific objective, the work aims to foster greater social control through active participation of citizens in the knowledge of their actions towards public property, as well to improve and qualify the perception of organized society about the effects of corruption. The objective is also to promote a debate to clarify increasingly the importance of transparency and ethics in dealing with public affairs. The subject itself is very controversial. Scholars familiar with the problem, but the solutions are not effective. Therefore, the problem arises in finding a proposed development that can accompany symptoms of changes that corruption always tends to lead and, with due transparency of government actions, try to understand and monitor what is done with the res publica.

KEYWORDS: Corruption. Administrative Misconduct. Public Administration.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem a pretensão de analisar a hipótese de que a corrupção é uma característica presente em toda a sociedade moderna capitalista, mas com características próprias no caso brasileiro. Partindo desta premissa, o estudo pretende desenvolver, de maneira específica, uma visão teórica de sua história e dos controles existentes para o combate deste problema que afeta a sociedade brasileira. O estudo também tem o objetivo de dialogar acerca do problema mundial da corrupção de uma forma que se possa compreender seu estágio atual em nossa sociedade e sua tipologia (improbidade).

Teremos a possibilidade de conhecer como a sociedade civil e o setor privado podem obter ferramentas de apoio ao combate à corrupção, mas para que sejam eficazes há de se ter um engajamento dos atores sociais, pois a falta ou afrouxamento dos controles é um convite para que a impunidade prevaleça. Veremos que a mudança necessária está com a sociedade civil organizada a partir do momento em que a mesma comece a ser informada para tanto.

Para Trevisan¹:

A corrupção corrói a dignidade do cidadão, contamina os indivíduos, deteriora o convívio social, arruína os serviços públicos e compromete a vida das gerações atuais e futuras. O desvio dos recursos públicos não só prejudica os serviços públicos, como leva ao abandono de obras indispensáveis às cidades e ao país. Ao mesmo tempo, atrai a ganância e estimula a formação de quadrilhas que podem evoluir para o crime organizado e o tráfico de drogas e armas. Um tipo de delito atrai o outro e quase sempre estão associados. Além disso, investidores sérios afastam-se de cidades e regiões onde vigoram práticas de corrupção e descontrole administrativo. Por isso o combate à desonestidade nas administrações públicas deve constantemente estar em pauta das principais ações das pessoas que se preocupam com o desenvolvimento social e sonham com um país melhor para as próximas gerações.

Um dos principais problemas observados na contemporaneidade é o fato de que a corrupção tem sido uma constante e com isso poderia acabar agregada aos valores da comunidade, na medida em que os comportamentos de uma parte desta acompanham as práticas de um sistema corrupto. Não é preciso esperar que a governança tenha por escopo uma iniciativa demagógica na luta contra a corrupção, mas sim que a sociedade organizada detenha o real controle dos atos e fatos administrativos. A sociedade contemporânea perde com a corrupção e,

¹ TREVISAN, Antoninho Marmo. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. 2. ed. ampliada, Ateliê Editorial, 2003. p. 13/15

por isso, há a necessidade de discussão para que possamos encontrar uma proposta que tenha como consequência o aumento do bem estar social.

A corrupção está intimamente ligada a fatores como cultura e educação de um povo. No Brasil, sua incidência recua na medida em que se ampliam os controles preventivo e repressivo, ou seja, ações de instituições de controle fortificadas e mecanismos de supervisão eficientes tendem a decrescer os índices de corrupção.

1 CORRUPÇÃO

1.1 Origem histórica da corrupção

A expressão “corrupção” é utilizada por meio de eufemismos em diversos países. A criatividade dos povos rivaliza na procura de nomes pitorescos. O trinkgeld dos alemães e a bustarella dos italianos correspondem ao pay-off dos americanos e ao baksheesh dos egípcios, que também equivalem ao nosso “jeitinho” ou até ao uzyatha russo. Tácito² expõe que a corrupção é tão antiga quanto o homem: “O primeiro ato de corrupção pode ser imputado à serpente seduzindo Adão com a oferta da maçã, na troca simbólica do paraíso pelos prazeres ainda inéditos da carne”.

De acordo com Cavalcanti³, durante a Antiguidade a ideia de corrupção era muito vaga, pois valia a lei da reciprocidade. O autor cita o Código de Hamurabi (Babilônia, 1711- 1669 a.C.) como um dos primeiros a estabelecer a separação entre valores morais. Aquela justiça condenava o juiz que, por bens materiais, mudasse “suas decisões”, podendo também ser multado, exposto à execração pública e impedido de exercer novamente suas funções. Nos primeiros séculos da era cristã, as questões de corrupção atraíram moralistas como Santo Agostinho e permearam a política da época. Em alguns lugares, quem se arriscasse a uma denúncia poderia incorrer na vingança do denunciado, se este tivesse o poder de executá-la. Em 1616, um cidadão de nome John Wrenham teve a má ideia de interpretar literalmente um discurso do rei James I, em que o soberano pedia a seus vassalos que apontassem os corruptos do reino. Sentindo-se prejudicado num processo sobre aluguel de terras, Wrenham acusou pública e diretamente o Ministro da Justiça Francis Bacon (que cinco anos mais tarde confessaria a sua culpa em diversos casos de corrupção levantados por uma comissão parlamentar de inquérito e acabaria alijado do poder), enquanto este ainda se encontrava à época da denúncia no auge do seu prestígio. A acusação temerária voltou-se contra o acusador, condenado por calúnia, e o infeliz Wrenham sofreu uma variedade de castigos que incluíram: multa de dez mil libras, um longo trajeto através

² TÁCITO, Caio. *Moralidade Administrativa*. RDA, n. 218, 1999. p. 02.

³ CAVALCANTI, Pedro. *A corrupção no Brasil*. Edições Siciliano, 1991. p. 10 a 13.

de Londres montado a cavalo com o rosto voltado para o rabo do animal, a perda de duas orelhas decepadas à faca e, finalmente, prisão perpétua. Observa-se pelo exemplo que a luta contra a corrupção nunca foi ingênua.

Embora os meios de comunicação tendam a relacionar o assunto da corrupção com a esfera pública, com notícias de escândalos envolvendo políticos e funcionários públicos em manobras com uma classe empresarial financiadora de campanhas, observa-se que na realidade a corrupção é um fenômeno social de múltiplas facetas.

Cavalcanti⁴ cita que o império português e o Brasil colonial ofereceram terreno propício para o vicejar da corrupção, visto que há registro da existência de negociatas praticadas desde aquela época. Cavalcanti conta que, em 1666, quando Pedro de Melo deixou a capitania do Rio de Janeiro, o Conselho Ultramarino escreveu à Coroa notando que, na experiência coletiva do império, este era o governador que não fora acusado de práticas condenáveis. No entanto, dois anos depois, os mesmos conselheiros advertiram a Coroa que os desvios de muitos governadores eram tais que estes deveriam ser imediatamente decapitados. Quando D. João VI consultou o famoso Padre Vieira sobre a conveniência de dividir as terras do Maranhão-Pará em dois governos, o jesuíta limitou-se a sugerir que se deixassem as coisas como estavam, visto que “um ladrão num cargo público é um mal menor do que dois”. Outro exemplo claro de corrupção pode ser demonstrado por um tratado assinado com a Inglaterra em 1817, que dispunha que os africanos que chegassem ao Brasil de forma ilegal deveriam ser libertados e, eventualmente, reencaminhados para a África. Mas ao regulamentar internamente este acordo, o governo brasileiro decidiu que, enquanto a hora do repatriamento não chegassem, o africano “livre” deveria trabalhar em estabelecimentos públicos ou sob contrato de aprendizado por até quatorze anos a serviço de particulares. A corrupção brasileira em relação ao tráfico de escravos continuaria mesmo com a interrupção militar da esquadra da Inglaterra que, interessada em acabar com o tráfico, iniciou uma ofensiva diplomática com uma série de tratados, sendo o mais importante deles assinado em 1826 em troca do reconhecimento da independência do Brasil. Mais tarde, vendo que tratados e leis não tinham muita eficácia, os ingleses recorreram ao suborno financiando jornais cariocas contrários ao tráfico para que estes criticassem o governo brasileiro.

As práticas de favorecimento, principalmente as ilícitas, parecem estar relacionadas a assuntos de “amigo” ou “de família”. Elas podem se manifestar numa trapaça de jogo de cartas ou em um grande rombo aos cofres públicos; pode mudar a forma, mas a essência continua a mesma: levar vantagem contrariando uma norma moral. Os filósofos da Grécia

⁴ CAVALCANTI, Pedro. *A corrupção no Brasil*. Edições Siciliano, 1991. p. 23-27.

Antiga já tratavam sobre o tema nos discursos sobre Ética. No Brasil, um país com inúmeras leis, a corrupção soa até mesmo como uma espécie de “pecado original”: tem origens na colonização portuguesa, perde-se no sem número de leis excessivas, exibe-se nas grandes reviravoltas do século passado, revigora-se na ditadura e não sucumbe à democracia.

Crime ou costume? Para entender o fenômeno da corrupção é interessante observar sua dimensão histórica para ajudar a compreendê-lo, como salienta Carvalho⁵. Para este autor, houve uma sequência de episódios que reforçou a impressão de que a corrupção sempre esteve entre nós. No século XIX, o sistema imperial era chamado de corrupto e despótico. Em 1930, a Primeira República e seus políticos foram chamados de “carcomidos”, ou seja, destruidores. Getúlio Vargas foi derrubado em 1954 sob a acusação de ter criado um mar de lama. O golpe de 1964 foi dado em nome da luta contra a subversão e corrupção. A ditadura chegou ao fim sob acusações de despotismo e corrupta. Após a redemocratização, o então Presidente da República, Fernando Collor de Mello foi eleito em 1989 com a promessa de caçar os marajás e ele mesmo acabou expulso do poder acusado de fazer o que combatia. Nos últimos anos, as denúncias proliferaram – como o caso do “mensalão” – atingindo todos os poderes e instituições públicas.

Ética e moral são sempre lembradas quando se põe em questão o comportamento de agentes públicos e o funcionamento das instituições, mas deve-se lembrar de que os valores de uma sociedade são dinâmicos e estão em constante mudança. O que caracteriza o ideal republicano seria a referência à lei como horizonte das práticas políticas e a ideia de que a melhor forma de governo é aquela fundada na *liberdade*, entendida como participação efetiva na vida pública, bem como na *igualdade*, vista como possibilidade real de chances e oportunidades. No entanto, a corrupção está vinculada a todas as ações e comportamentos que colocam em risco tanto os valores associados à vida republicana quanto as estruturas institucionais que asseguram o Estado de direito.

Em todos os lugares e em todos os tempos os valores são atacados e precisam ser continuamente atualizados, mas é necessário distinguir a virtude moral da virtude política. Ambas estão vinculadas à vida cotidiana do corpo político e se referem a valores como o respeito à pátria, o respeito às leis e o desejo de justiça.

1.2 Princípio da Transparência

A transparência fiscal é um princípio constitucional que sinaliza no sentido de que a atividade financeira deve se desenvolver com clareza. Dirige-se tanto ao Estado quanto à sociedade, tanto aos organismos financeiros

⁵ CARVALHO, José Murilo de. Artigo: Escola de Transgressão. *Revista de História da Biblioteca Nacional*, ano 4, nº 42, mar. 2009. p. 18-20.

nacionais e internacionais quanto às entidades não governamentais. Tem como preceitos a elaboração do orçamento e da sua gestão responsável, a criação de normas antievasivas e o combate à corrupção.

Na História, o patrimonialismo, que caracterizou a formação de diversos Estados nacionais na Europa, do século XII ao século XVIII, ficou enraizado também no Brasil de uma forma difícil para se desvincilar. O Brasil adotou o liberalismo, as instituições democráticas e aderiu ao Estado de Direito, mas conservou o patrimonialismo. A dificuldade em se livrar desses resíduos constitui uma das fontes básicas da corrupção. O Estado Patrimonial, que surgiu com a necessidade de uma organização estatal para fazer a guerra, agarrou diversas realidades sociais como as políticas, econômicas, religiosas, entre outras, mas a sua dimensão principal se baseia no patrimonialismo financeiro, ou seja, em sustentar-se fundamentalmente pelas rendas patrimoniais ou dominiais do princípio, e só secundariamente se apoiando na receita extrapatrimonial dos tributos.

Por este entendimento, é possível identificar a importância da transparência. Guerra analisa⁶:

Importante notar que a transparência aparece na lei como mecanismo mais amplo que o já previsto princípio da publicidade, posto que este prevê a necessidade de divulgação das ações governamentais, ao passo que aquele determina, além da divulgação, a possibilidade de compreensão do conteúdo, ou seja, a sociedade deve conhecer e entender o que está sendo divulgado.

Assim, o princípio da transparência vincula ao Estado que a sociedade se transforme em instrumento importante para a superação dos riscos fiscais. A transparência na atividade orçamentária e financeira, demonstrada na clareza da Lei Ordinária nº 4.320/1964 e Lei Complementar nº 101/2000, pode aperfeiçoar a comunicação social e o combate à corrupção dos agentes públicos, em contraponto à transparência exigida pelo contribuinte.

É importante notar que a transparência também está prevista na Constituição Federal:

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 [...] (g.n.)

Como pode ser observado, o legislador constitucional elevou a transparência para a carta magna a um status de princípio constitucional.

⁶ GUERRA, Evandro Martins. *Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas*. Editora Fórum, 2003. p. 91.

Desta forma, os atos administrativos devem ter a divulgação pública máxima para tornar mais transparente os atos derivados do poder público. Tal divulgação depreende que haja mais regulamentações e foi desta forma, desde a instituição da Constituição Federal vigente, que a administração pública tem aperfeiçoado a publicidade de seus atos para a sociedade organizada.

O Brasil editou muitas normas que buscaram o incremento da publicidade. Como primeiro exemplo, cita-se a Lei nº 9.755/1998 que dispôs da criação, nos ditames da referida lei, de homepage da internet pelo Tribunal de Contas da União que buscou divulgar os dados e informações referentes a:

Art. 1º O Tribunal de Contas da União criará homepage na rede de computadores Internet, com o título “contas públicas”, para divulgação dos seguintes dados e informações:

I – os montantes de cada um dos tributos arrecadados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, os recursos por eles recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio (caput do art. 162 da Constituição Federal);

II – os relatórios resumidos da execução orçamentária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (§ 3º do art. 165 da Constituição Federal);

III – o balanço consolidado das contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas autarquias e outras entidades, bem como um quadro estruturalmente idêntico, baseado em dados orçamentários (art. 111 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964);

IV – os orçamentos do exercício da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e os respectivos balanços do exercício anterior (art. 112 da Lei nº 4.320, de 1964);

V – os resumos dos instrumentos de contrato ou de seus aditivos e as comunicações ratificadas pela autoridade superior (caput do art. 26, parágrafo único do art. 61, § 3º do art. 62, arts. 116, 117, 119, 123 e 124 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993);

VI – as relações mensais de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta (art. 16 da Lei nº 8.666, de 1993).

Observa-se que a lei, na prática, buscou quebrar um paradigma que até então não existia na administração pública. Foi uma tentativa de mostrar à sociedade as contas consolidadas de todos os entes administrados. Daí surgiu o website www.contaspúblicas.gov.br, um esforço para aproximar as contas públicas ao interesse público da sociedade.

Continuando com os paradigmas legais, o Estatuto da Cidade, em seu artigo 40, prescreve o seguinte:

Art. 40 O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

§ 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

§ 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.(g.n)

O estatuto assegura à população não só participação ativa na elaboração do plano diretor e fiscalização, mas também a publicidade de tudo que seja documentalmente produzido.

Não se pode deixar de lembrar a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), ou LRF, considerada um marco para a administração pública, pois trouxe uma mudança cultural significativa ao gestor público no que tange o planejamento das ações governamentais com responsabilidades objetivas na gestão fiscal, além de trazer a obrigatoriedade de publicidade dos atos:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

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;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.

Há uma mudança de paradigma com o advento desta lei, pois foi determinado que os meios eletrônicos governamentais passassem também a divulgar informações financeiras, patrimoniais e orçamentárias, além de aproximar a população para a realização de audiências públicas prévias que discutem a elaboração das leis orçamentárias. Esta lei foi um marco, pois ajudou a administração pública a ser mais transparente e buscou a participação popular na gestão pública.

Algumas mudanças ocorreram na LRF por meio da Lei Complementar nº 131/2009 que, na realidade, ampliou ainda mais a transparência das contas públicas. A lei explicitou que toda e qualquer pessoa pode ter acesso ao conhecimento das informações sobre as execuções orçamentárias e financeiras, inclusive pela *internet*. Ou seja, todo e qualquer gasto, desta forma, deve estar plenamente ao conhecimento do público quanto a um detalhamento que demonstre detalhes como: serviço ou bem contratado, procedimento licitatório

utilizado relacionado à despesa efetuada, acesso ao salário de qualquer servidor público, entre outros dados.

Cabe mencionar que a execução orçamentária e financeira também deverá ser informada nos sítios governamentais de forma instantânea, ou seja, a lei dispõe que toda a sociedade deve deter uma real condição de verificar e fiscalizar os gastos públicos praticamente em tempo real.

Assim, é interessante notar que por meio princípio da transparéncia, é possível ter acesso às ações públicas, permitido pela própria legislação vigente e pelas tecnologias de informação e comunicação disponíveis entre governo, fornecedores e cidadão. No tocante à corrupção, este princípio passa a ter um lugar de destaque.

Há inúmeros exemplos, como o portal da transparéncia, que tem como objetivo o combate à corrupção por meio da divulgação de gastos e transferências do Governo Federal. O portal, por si só, demonstra como pode ser utilizada a tecnologia de informação combinada com o princípio da transparéncia na denúncia de abusos para que se possam evitar irregularidades na utilização de recursos públicos. O portal da transparéncia foi lançado pela Controladoria-Geral da União que trouxe, assim, a possibilidade real de qualquer cidadão acompanhar os gastos relacionados ao governo federal. Ademais, tal sistema contém informações de todos os recursos públicos federais que são transferidos ao Distrito Federal, Municípios, Estados, Administração Indireta e demais entidades privadas, fortalecendo a transparéncia.

Outro exemplo é o COMPRASNET, um portal de compras do governo federal que disponibiliza à sociedade informações referentes às contratações promovidas pelos diversos órgãos daquela esfera. Pode-se ter acesso aos avisos de licitação, às contratações realizadas, à execução de processos de aquisição pela modalidade de pregão e a outras informações relativas às atividades licitatórias.

Com o advento da Lei nº 10.520/2000, foi criado o Pregão, que é a mais recente modalidade de licitação do tipo de menor preço, utilizada exclusivamente para aquisição de bens e prestação de serviços comuns. A disputa é feita por meio de propostas e lances sucessivos em sessão pública, excluídas as contratações de serviços de engenharia e obras. Usualmente esta modalidade de licitação vem sendo efetuada por meio da própria internet (pregão eletrônico). Com a utilização desta tecnologia é possível dizer que houve vários benefícios para a Administração, como o menor custo de contratação, ampliação da concorrência, maior alcance e liquidez de mercado, eliminação das barreiras geográficas e, principalmente, a economia de recursos orçamentários.

1.3 Percepção quanto à corrupção

Muitas vezes o Estado não consegue ser eficaz e eficiente com suas políticas públicas, pois mesmo para suas funções próprias o resultado pleno pode não ser alcançado. Essas funções são as administrativas, legislativas, judiciais e de governos. A função administrativa é aquela que denota o caráter de aplicar a legislação ao caso concreto e tem, por primazia, agir de ofício para as demandas dos cidadãos. A função legislativa predispõe da característica de definir, em forma de normas, o que deve ser obedecido para todos em nome do interesse público e, por isso, impõe as regras de conduta para todos. A função judicial caracteriza-se por dirimir conflitos acerca de conflitos existentes. Já a função de governo é aquela que trata da característica, como exemplo, de República que o país conserva.

Assim, o Estado é um ente personalizado, nos termos do art. 40 e 41 do Código Civil vigente, capaz de adquirir obrigações e direitos na ordem jurídica. Para sua organização há de serem pormenorizadas suas atribuições, sendo algumas delegáveis e outras não. Desta forma, podem também ser divididas as atividades produtivas nos setores público e privado. O setor pode ser considerado como público quando possui a titularidade dos bens e serviços públicos, enquanto que o privado é aquele que tem a feição de ser o detentor de atividades econômicas (em sentido estrito) e dos bens particulares por sua livre vontade.

No entanto, observa-se a presença da corrupção tanto na área pública ou privada. As atividades corruptas são antigas e sua existência pode ser constatada em todas as fases da história, mas é na sociedade capitalista moderna em que ela foi aperfeiçoadas em muitas facetas, tal como a corrupção eleitoral, a corrupção financeira, o tráfico de influência, por exemplo. Seu princípio básico é apropriar-se desonestamente dos valores de outrem.

A percepção da existência de possibilidades e de canais competentes de reparação varia em cada sociedade e cada grupo social, sugerindo a existência de um pluralismo de controles como os Tribunais de Contas, Controles Internos, Ministério Público e Controladoria-Geral da União, por exemplo.

A Kroll, empresa mundial de consultoria em gerenciamento de riscos, como a corrupção, e a organização não governamental “Transparência Brasil” publicaram uma pesquisa⁷ sobre as percepções e experiências com fraude e corrupção no setor privado nacional realizado em 2002. A pesquisa contou com o total de 92 empresas. Um terço dos questionários foi preenchido por funcionários

⁷ CONSULTORIA KROLL. *Fraude e corrupção no Brasil: a perspectiva do setor privado*. Rio de Janeiro. ONG Transparência Brasil, nov. 2002. p. 1-29.

do alto escalão das empresas consultadas (presidência e diretoria) e os demais, por funcionários de média gerência e assessoria:

Amostra Total Corrupção	Região				Total
	Sudeste	Centro-Oeste	Sul	Nordeste	
Ramo					
Serviços	53	2	0	1	56
Indústria	17	0	2	0	19
Financeiro	13	3	1	0	17
Total	83	5	3	1	92

CONSULTORIA KROLL. Fraude e Corrupção no Brasil: A Perspectiva do Setor Privado. [Rio de Janeiro]: ONG Transparência, 2003. p.5.

Segundo o relatório da pesquisa acima:

Uma grande parte das empresas (70%) declara que já se sentiu compelida a contribuir para campanhas eleitorais. Destas, 58% declararam ter havido menção a vantagens a serem auferidas em troca do financiamento. As restantes (42%) não responderam à pergunta. Assim, nenhuma das empresas que se sentiram compelidas a fazer contribuições eleitorais declarou não ter havido menção a vantagens. Metade das empresas consultadas que participam de licitações dizem já terem sido sujeitas a pedidos de propinas referentes a esses processos. A esfera estadual é apontada como a mais problemática nesse âmbito. Uma em cada duas empresas pesquisadas declara que já foi submetida a pedidos de propina referente a impostos e taxas. O ICMS é apontado como o mais vulnerável dos impostos, principalmente por empresas do setor financeiro. O relaxamento das inspeções é o principal “favor” obtido em troca de propinas. Quase um terço das empresas consultadas (principalmente indústrias) declara que já recebeu pedidos de propina referente à concessão de licenças. A esfera municipal, seguida de perto pela estadual, são apontadas como foco do problema. Segundo os respondentes, quase sempre (87%) a iniciativa de introduzir o assunto corrupção na negociação é do agente público. Um

terço das empresas diz que corrupção é prática aceita em seu setor. A maioria das empresas (72%) declara possuir código de conduta que proíbe corrupção de forma explícita.

A corrupção é considerada um sério obstáculo ao desenvolvimento empresarial. No debate internacional sobre o fenômeno da corrupção, que afeta praticamente todos os países do mundo, tanto instituições públicas quanto corporações privadas têm se concentrado no campo das medidas preventivas. Isso ocorre porque se reconhece hoje que a punição posterior ao fato ilícito consumado não é suficiente para impedir sua repetição. Embora se observe que as normas em vigência são duras e tempestivas, suas aplicações práticas são raras.

Não é por acaso que as Convenções Internacionais contra a corrupção – dentre elas a Convenção Interamericana, de 1996, incorporada ao nosso direito interno em 07 de novembro de 2002 pelo Decreto 4.410, e a das Nações Unidas, de 2003, promulgada no Brasil em janeiro de 2006 – colocam toda a ênfase na adoção, pelos países signatários, de medidas *preventivas*, reconhecidas como o caminho mais eficaz para atacar as raízes do problema.

Entre as ações de prevenção adotadas, destaca-se a criação de mapeamento e avaliação das áreas de maior risco de corrupção e a adoção de medidas que reduzam cada vez mais os possíveis focos capazes de fragilizar as instituições públicas. Ainda de acordo com este estudo, os agentes públicos mais sujeitos à corrupção resultaram ser, em ordem decrescente: policiais, fiscais tributários, funcionários ligados a licenças, parlamentares, funcionários ligados a licitações, agentes alfandegários, fiscais técnicos, primeiro escalão do executivo, funcionários de bancos oficiais e juízes.

É possível destacar como uma iniciativa positiva do Governo Federal brasileiro a inserção das seguintes normas:

- Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, que promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997;
- Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002, que promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o artigo XI, parágrafo 1º, inciso “c”;
- Decreto nº 4.923, de 18 de dezembro de 2003, que dispõe sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção;

- Portaria/AGU nº 407, de 23 de março de 2009, que constitui o Grupo Permanente de Representação da Advocacia-Geral da União na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).

A corrupção não consiste em problema limitado a uma região geográfica, pois ela rompe fronteiras. A Assembleia Geral das Nações Unidas abordou o tema da corrupção pela primeira vez na Resolução 3.514, de 15 de dezembro de 1975.

Pode-se citar como um grande avanço a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos – o texto da Convenção Interamericana contra a Corrupção pode ser encontrado na versão em português no endereço eletrônico da O.E.A. <www.oas.org> – e que representa um dos primeiros instrumentos internacionais a tratar do tema da corrupção. Este seria um pioneiro exemplo de ação jurídica regional.

A referida Convenção prevê o desenvolvimento institucional e a adoção de mecanismos anticorrupção com procedimentos de cooperação para a extradição, sequestro de bens e assistência legal e técnica recíproca. Ademais, ela requer às partes a criminalização dos atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros.

Outro grande avanço foi a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e as Recomendações da O.C.D.E. (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), que podem ser encontradas no site da organização nas versões em inglês e francês⁸. O acordo representa um esforço para eliminar a ocorrência de propinas a funcionários públicos estrangeiros, sendo que cada país responsabiliza-se pelas atividades das empresas de território nacional. Adicionalmente, o ato requer que os países aderentes imponham sanções criminais que sejam efetivas e proporcionais, incluindo a privação da liberdade no caso de pessoas físicas, bem como da aplicação de sanções civis e administrativas.

Em 11 de dezembro de 2003, foi realizada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção denominada como “Convenção de Mérida”. O Brasil ratificou a referida convenção em 18 de maio de 2005 e a incorporou em seu ordenamento jurídico, por meio do decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, assumindo o compromisso internacional de fomentar práticas contra a corrupção. Esta foi uma iniciativa de atenção ao problema da corrupção, porque o Brasil assume oficialmente o propósito de fortalecer, promover e facilitar as medidas necessárias contra a corrupção.

⁸ <http://www.oecd.org>, acesso em 02/02/2014.

Importante citar também que a Convenção de Mérida vem ao encontro da Emenda Constitucional nº 19/1998, que passou a adotar um novo regime de administração no Governo <http://www.oecd.org>, acesso em 02/02/2014 Federal preocupado com a eficiência e a qualidade dos serviços públicos com a consequente descentralização administrativa. A medida era urgente, pois a corrupção é um fenômeno mundial que possui dimensões políticas, econômicas, sociais, culturais e administrativas.

Destaca-se ainda sobre esta Convenção, composta de 71 artigos, que ela significa o compromisso de se cumprir as obrigações internacionais voltadas ao combate contra a corrupção. Foi incorporada no ordenamento brasileiro e integra o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, o que significa afirmar que o Brasil não só tenta combater, mas também prevenir a corrupção.

Na busca da construção de uma cultura contra a corrupção e do fortalecimento do Estado Democrático de Direito, cabe uma análise dos artigos da citada Convenção; é possível interpretar que ela tem como principais os artigos 7º, 8º, 9º e 10º. O artigo 7º prevê a adoção de um sistema de contratação de funcionários públicos que seja eficiente e nisto todos os três poderes já o fazem por meio de concursos públicos. É a forma de acesso mais democrática de se conseguir um cargo público, o que foi uma das maiores conquistas estampadas pela Constituição Federal. Com relação ao artigo 8º, a Convenção de Mérida prevê um código de condutas para os funcionários públicos, o que já é suportado pela Lei 8.429/1992 e pela Lei nº 8.112/1990 que é a Lei que dispõe sobre os direitos e obrigações, na esfera federal, dos servidores públicos. No artigo 9º é previsto que o País tenha um sistema apropriado de contratação pública, e aqui podemos citar a Lei nº 8.666/1993, que estabelece normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, bem como a Lei 10.520/2000 que trata do pregão, mecanismo dotado de maior transparência e publicidade. No artigo 10º temos a previsão de prestar contas da gestão, bem como aplicar medidas para ampliar a transparência da Administração Pública, e cabe citar a Lei Complementar nº 101/2000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelece normas sobre finanças voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal por meio do equilíbrio entre receitas e despesas.

Observa-se que o Brasil já avançou bastante na adaptação de suas normas em relação ao recomendado na Convenção de Mérida, mas ainda falta muito como a prospecção de mais normas contra o enriquecimento ilícito e na recuperação dos ativos até então perdidos pelas atividades corruptas. É salutar que a ONU, como instituição mundial, tenha conseguido que todos os países que assinaram esta Convenção tivessem ciência da necessidade de abordar este problema.

Observa-se que os instrumentos jurídicos internacionais a princípio não têm eficácia direta no âmbito estatal, pois dependeriam da efetiva adoção de legislação interna – o que o Brasil vem fazendo – para que suas disposições sejam efetivamente aplicadas. No entanto, eles constituem exemplo da tendência mundial, em que uma certa medida de personalidade jurídica internacional é conferida aos indivíduos e às pessoas jurídicas de direito privado (empresas transnacionais), já que as normas convencionais de direito internacional são também a eles dirigidos.

Outra pesquisa importante foi elaborada pela organização não governamental “Transparency International”. Esta é uma entidade que busca combater a corrupção e estudar tal fenômeno com a divulgação de pesquisas e índices. Dentre estes últimos, temos o da “percepção de corrupção” que coloca entre os mais países menos corruptos a Dinamarca, Finlândia, Austrália, países escandinavos e alguns poucos países europeus. O tema da corrupção é ligado a valores e juízos morais e a percepção de que os países mais pobres, ou suas elites, são mais corruptos do que os países mais desenvolvidos. Tal alegação tem impacto tanto sobre investimentos privados quanto sobre as políticas de cooperação e tem levado a uma discussão interminável e inconclusiva sobre se os países mais pobres são vítimas ou responsáveis pela própria pobreza e subdesenvolvimento.

A constatação de que a corrupção não é exclusiva dos países mais pobres ajuda a reduzir os preconceitos de muitos dos participantes desta discussão, ou seja, traz a questão da corrupção para o campo neutro das análises sociológicas, políticas e econômicas.



Fonte: TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Corruption Perceptions Index 2013. <http://www.transparency.org/cpi2013/results> (acessado em 02/04/2013).

O índice extraído acima demonstra que há uma clara correlação entre corrupção e desenvolvimento econômico, pois mostra que os países mais ricos têm os menores índices de corrupção, em que pese a particularidade do caso dos Estados Unidos da América, o qual demonstra que a ideia de que um país com maior capacidade econômica seja mais imune à corrupção é questionável.

O Brasil tem neste levantamento um índice de 42 pontos e a 72^a posição em nível de corrupção mundial. A variável a ser explicada (índice de corrupção percebida) é elaborada por pesquisadores da Universidade de Göttingen e publicada por meio da Transparência Internacional. Este índice é construído a partir de uma entrevista com empresários de cada país na qual eles atribuem uma nota à corrupção que é percebida nas relações que têm com o governo. O índice é medido em uma escala de 0 a 10: quanto mais corrupto for o país, menor será a nota e vice-versa.

Há de se considerar que a prática reiterada da corrupção pode dificultar o desenvolvimento econômico de um país. No momento em que governantes tomam decisões em função de pagamentos privados que recebem, nem sempre serão as empresas mais eficientes ou com responsabilidade social que aceitarão investir no país, e, quando o fizerem, poderão cobrar um prêmio extraordinário pela incerteza a que estarão submetidas, seja na forma de isenção de impostos, monopólios ou preços administrados.

Uma derivação da definição de corrupção está na utilização de cargos e recursos públicos para fins privados. No entanto, o que diferencia uma prática política corrupta de outra não corrupta é o uso indevido dos cargos e recursos públicos. Uma visão comum é a de que a política não passaria de uma luta entre grupos poderosos que tentam utilizar a opinião pública conforme seus interesses e que a democracia seria uma forma de poder político qualquer. Entretanto, a democracia tem de ser considerada como um sistema que vai formalizar o exercício do poder protegendo as minorias, em harmonia com a garantia dos direitos de participação de todos os setores da sociedade organizada.

2 CONTROLES SOBRE A CORRUPÇÃO

2.1 Ministério Público

Combater a corrupção constitui umas das vocações do Ministério Público, sobretudo a partir da Constituição Federal que o define, na forma do artigo 127, como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Assim, enquanto a corrupção é uma prática que decompõe o sistema normativo, o Ministério Público tem por consequência a característica

de combatê-la, preservando sua essencialidade à função jurisdicional na defesa do regime democrático, da ordem jurídica e da busca à proteção do Estado e no ajuste ao controle interno disciplinar.

Um ato que corrompa a administração pública e coloque-se como infração penal pode ser tipificado como improbidade administrativa. Para fiscalizar o cumprimento das leis, o Ministério Público tem alguns instrumentos essenciais para evitar a corrupção, como a ação penal pública (Decreto-Lei nº 3.689/41) e a ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

Destaca-se que a independência, o caráter incondicionado de sua atuação e a autonomia do Ministério Público são atributos fundamentais para seu funcionamento, pois transformam tal órgão em um ator de destaque no combate à corrupção.

Em função destes atributos, o Ministério Público investiga sem se submeter a qualquer autorização de ordem estatal. Os órgãos executivos, por exemplo, atribuem também ao seu controle interno um poder de investigação, mas este incorre em um maior risco de submissão ou grau de influência. O Ministério Público, ao contrário, tem uma independência que acarreta equilíbrio na ordem do Estado. Alexandre de Moraes⁹ analisa:

[...] o legislador constituinte criou, dentro do respeito à teoria dos “freios e contrapesos” (check and balances), um órgão autônomo e independente deslocado da estrutura de qualquer dos Poderes do Estado, um verdadeiro fiscal da perpetuidade da federação, da Separação dos Poderes, da legalidade e moralidade pública, do regime democrático e dos direitos e garantias individuais: o Ministério Público.

Para a garantia desta fiscalização e do próprio regime democrático, a constituição conferiu importantes funções e garantias institucionais ao Ministério Público, impedindo a ingerência dos demais poderes do Estado em seu funcionamento, pois como escrevia Madison, todo o poder tende a ser invasor e, por isso, deve ser posto em condições de não exceder os limites que lhe são traçados, razão pela qual, depois da divisão de poderes, o mais importante é garantir-lhos contra suas recíprocas invasões.

Quanto aos instrumentos mencionados, cabe destacar que a ação penal é a única que é exclusiva ao Parquet. É uma via processualística de lei específica contra a corrupção, conforme previsão do art. 12, da Lei nº 8.429/12 c/c o art. 3º da Lei nº 7.347/85, além de ser de extrema importância para a sociedade:

LEI N° 8.429, DE 12 DE JULHO DE 1992.

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 624.

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III- na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.”

LEI N. 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985.

Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

De acordo com Caminha¹⁰:

Sabe-se que o Ministério Público é uma instituição que não foi concebida para vigiar o Estado, mas sim o cidadão, tendo, porém, acompanhado a

¹⁰ CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. A corrupção na Administração Pública no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº 176, 29 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4657/a-corrupcao-na-administracao-publica-no-brasil>>.

evolução do Estado. No Estado Absoluto, o Ministério Público servia ao Rei, pois os interesses do Estado eram os interesses particulares do Soberano; no Estado Liberal, embora a instituição servisse aos interesses do Estado, já era, todavia, o fiscal da lei; afinal, no Moderno Estado Democrático de Direito, o Ministério Público passou a ser concebido como instituição de defesa da Sociedade, devendo atuar inclusive – e especialmente – contra o Estado.

No Brasil, somente com a criação da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985, foi que o Ministério Público passou a agir mais pela sociedade do que pelo Governo (Poder Executivo). Com a atual Constituição (05/10/1988), o Ministério Público saiu das amarras do Executivo e ganhou inúmeras atribuições, todas voltadas para a defesa do interesse social e do Estado Democrático.

É importante mencionar que Ministério Público se utiliza de vários instrumentos, principalmente da ação penal pública e da ação de improbidade administrativa e, também por isso, a sociedade brasileira conseguiu testemunhar condenações de políticos e administradores acusados de corrupção. Parte disto se deve ao poder de polícia investigativa que o Ministério detém, apesar de ser um tema polêmico. Ainda assim, o Estado e seus agentes sempre deverão ser permanentemente fiscalizados e o Ministério Público tem um papel primordial neste processo.

2.2 Advocacia Pública

A advocacia tem um papel importante no que toca a diminuição da corrupção. Isto é comprovado no momento em que os advogados verificam as possíveis irregularidades dos atos que os administradores efetuam nos procedimentos licitatórios, convênios administrativos, acordos e defesas judiciais, além de constantemente estarem buscando direitos para a administração pública na esfera judiciária. Estes atos devem ser examinados e aprovados pela assessoria advocatícia.

É importante mencionar que o combate à corrupção também é uma bandeira da advocacia pública. Neste sentido, é natural que haja uma independência de atribuições quanto aos advogados e tal garantia fica vinculada quando há o regular concurso público para provimento dos cargos. Desta forma o serviço não fica adstrito aos interesses particulares de quem governa no momento. Embora não se possa generalizar que todo advogado que ingressa no serviço público por nomeação em cargo de confiança está atrelado a interesses de quem o nomeou, é evidente que o fato de a Administração Pública ter em seus quadros advogados ingressados por concurso público oferece muito mais pujança para a independência da opinião da assessoria.

Com a instituição da Lei nº 8.429/1992, para a advocacia dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União, foram criados diversos instrumentos para que os entes públicos possam ser reparados pelos atos danosos a seus patrimônios. O enfoque desta norma é essencial para o trabalho da Advocacia Pública contra a corrupção. Conforme previsto no artigo 17 da corrente Lei, os interessados legítimos para propor a ação civil de improbidade administrativa são o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, ou seja, entes da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Município, do Distrito Federal e dos Territórios. Com isso, a representação judicial das pessoas jurídicas de caráter público, nos termos do artigo 131 da Constituição Federal, caberá à Advocacia Pública de forma analógica. Ou seja, havendo lesão ao patrimônio do ente público, o ato de corrupção deve ser combatido judicialmente pela pessoa jurídica interessada.

Os advogados públicos acabam assumindo um papel de verdadeiros guardiões da cidadania, da justiça e do Estado Democrático. Os esforços contra a corrupção, nesse caso, consistem na defesa da ética como um princípio basilar. Por si só, a advocacia pública tem um papel determinante dentro da estrutura organizacional e administrativa de qualquer entidade, mesmo porque sua atuação não é partidária, mas sim estatal. Ao fazer o controle primário da legalidade, o advogado público assume sua importância no que tange a corrupção, tanto é que de acordo com a Lei de improbidade administrativa o advogado deve identificar em três categorias o ato de improbidade:

- Enriquecimento Ilícito (artigo 9º, Lei nº 8.429/1992): são os atos que fazem auferir qualquer vantagem patrimonial indevida em razão do cargo, mandato, função, emprego ou atividade;
- Lesão ao Patrimônio Públco (artigo 10, Lei nº 8.429/1992): acontece quando o servidor público utiliza-se dos bens da administração pública em benefício próprio, ainda que não receba direta ou indiretamente tal benefício;
- Ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (artigo 11, Lei nº 8.429/1992).

A Advocacia Pública, portanto deve ter por objetivo extirpar os “crimes de colarinho branco” dentro da administração pública em geral, além de desenvolver ações conjuntas com órgãos fiscalizadores. Um exemplo disso é a atuação da Advocacia-Geral da União, que continua

travando um intenso trabalho no combate à corrupção por meio de suas procuradorias regionais. Com uma advocacia forte, a tendência é que diminua o desrespeito às leis e que se fortaleçam a transparência e o trabalho competente com a coisa pública.

Cabe mencionar o trabalho de excelência que Advocacia-Geral da União (AGU) desenvolveu nos últimos anos. À União também é possível ingressar com ações civis públicas, bem como com ações de improbidade administrativa. Como a AGU é representante da União, algumas normas acerca de sua competência, enquanto representante, são:

Lei 7.347/1985

[-.]-

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[-.]-

III - *a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;* (grifo nosso)

Lei 8.429/1992

[-.]-

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à *procuradoria do órgão* para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. (grifo nosso)

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela *pessoa jurídica interessada*, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar". (grifo nosso)

Lei 9.790/99

[-.]-

Art. 13. Sem prejuízo da medida a que se refere o art. 12 desta Lei, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à *Advocacia-Geral da União*, para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, além de outras medidas consubstanciadas na Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990". (grifo nosso)

Lei 4.717/65

[-.]-

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

[...]

§ 3º *A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente*". (grifo nosso)

A Advocacia-Geral da União tem atuação pró-ativa, muito mais do que uma atribuição estatal, mas de salvaguarda do interesse público. Francisco Valle Brum¹¹ explana acerca da atuação estatal pela AGU:

Criado por intermédio da Portaria PGU nº 15/2008, o Grupo Permanente de Atuação Pró-Ativa da AGU surgiu com o objetivo de dar concreção à função institucional da Advocacia-Geral da União, e da Advocacia Pública como um todo, de atuar no polo ativo de ações judiciais, notadamente naquelas que envolvam atos ímparobos e corruptos, objetivando sempre a recuperação de valores desviados do erário.

É admirável que em tão pouco tempo essa instituição republicana tenha se tornado verdadeira protagonista desse mister constitucional. Em recente atuação do Grupo Permanente de Atuação Pró-Ativa, a AGU conseguiu a maior reversão, já registrada, de valores para os cofres da União em tema de corrupção. Foi no famigerado caso de desvio de verbas públicas na construção do Tribunal Regional do Trabalho no Estado de São Paulo, no qual a Justiça Federal do Distrito Federal, acatando pedido da Advocacia- Geral da União, determinou a transferência de mais de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões) para o Tesouro Nacional.

Tal fato foi divulgado em diversos meios de comunicação, demonstrando a importância desse tema para a sociedade brasileira. A população, sempre descrente na atuação das instituições democráticas, teve a prova clara de que a Advocacia-Geral da União está se aparelhando para que, dentro de suas atribuições, tais cesuráveis atos diminuam sistematicamente até que, no melhor dos mundos, venham a findar-se, mudando a mentalidade daqueles que recebem a confiança do eleitorado nacional.

Portanto, a Advocacia tem dado uma importante contribuição na luta contra a corrupção por levar em consideração que seu labor, na

¹¹ BRUM, Francisco Valle. Da incerteza à realidade: a Advocacia-Geral da União como protagonista no combate à corrupção e na defesa da "res publica". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3137, 2 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20992>>.

maior parte das vezes, busca defender o Estado, o que não deixa de ser mensurável, então, sua luta vinculada contra a corrupção.

2.3 Tribunal de Contas

O Tribunal de Contas tem por premissa efetuar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial não se limitando a uma verificação técnica, mas também da correção dos atos e fatos praticados pelos governantes. Ademais, o Tribunal de Contas também avalia os resultados da administração de bens e valores públicos a fim de auxiliar numa gestão pública responsável. Para poder ter sucesso nas suas investidas, o Tribunal de Contas utiliza-se de modernas fiscalizações cujos resultados servirão de elementos informativos para a prova contundente da existência ou não de corrupção. No Brasil, a fiscalização é exercida pelo Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas, com referência à Teoria da Separação de Poderes que prevê que cada Estado tenha um poder correspondente, mas dentro de um sistema de controle chamado de “freios e contrapesos” (check and balances). Na referida obra de Montesquieu, no caso em questão na divisão dos Poderes, não há expressão que exclua a existência de controle recíproco e sim o contrário, ou seja, que haja um relacionamento entre os Poderes para que exista o desenvolvimento de atividades por órgãos especializados na forma em que tenha uma contenção do abuso do poder. Por si só, a Teoria da Separação dos Poderes constitui o princípio fundamental da organização política do Estado Democrático de Direito.

O mecanismo de fiscalização baseia-se na vigilância permanente da gestão de recursos financeiros e organização administrativa, bens públicos, que se realiza por meio da fiscalização financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial, numa dualidade de controle externo exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas. É o que dispõe o art. 70, caput e o art. 71 da Constituição Federal vigente:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncias de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União [...].

O Tribunal de Contas auxilia o Poder Legislativo no controle externo e deste último não é dependente, pois o é autônomo a qualquer

um dos Três Poderes e, além disso, é independente com relação a sua autonomia financeira e administrativa.

Em razão do princípio da universalidade, previsto na Lei nº 4.320 expressamente, bem como prescrito no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, o Tribunal de Contas realiza a fiscalização abrangente não só da Administração Pública em geral, mas sim com relação a toda pessoa física/jurídica, pública/privada que, de alguma forma, utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem e administrem bens, valores e dinheiros públicos, mesmo que não integrem a Administração Pública.

O Princípio da Legalidade determina que aos governantes, bem como aos governados a obediência à lei. Em adição a legitimidade não só se preocupa com o cumprimento das leis, mas sim com a satisfação da sociedade vislumbrando então em um controle pautado na moralidade essencialmente. Bonavides¹² afirma:

A legitimidade tem exigências mais delicadas, visto que levanta o problema de fundo, questionando acerca da justificação e dos valores do poder legal. A legitimidade é a legalidade acrescida da sua valoração. E o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que é chamado a disciplinar.

Com a Constituição Federal vigente, a atribuição do Tribunal de Contas foi ampliada para realizar as já comentadas fiscalizações no sentido de detectar falhas e propor soluções. Por exemplo, na fiscalização contábil tem de ser demonstrado que os bens são fielmente iguais aos registros contábeis, ou seja, os bens, direitos e obrigações de uma entidade têm de ser mensurados fielmente nas demonstrações contábeis.

Por isto é que a fiscalização contábil, orçamentária, financeira, patrimonial e operacional de todas as administrações Públicas são exercidas pelos instrumentos de auditorias, monitoramentos, inspeções, acompanhamentos, ou seja, os instrumentos necessários para descobrir a corrupção em qualquer ente.

2.4 Controladoria-Geral da União

A criação da Controladoria Geral da União (CGU) ocorreu em um contexto de denúncias graves sobre a existência de corrupção na esfera federal. A CGU tem diversos trabalhos honrosos para com a sociedade em geral. Na auditoria de prestação de contas é verificado se as informações prestadas pelos administradores públicos federais estão em consonância com a conformidade da norma legal condizente,

¹² BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 112

com vistas a instruir o processo de prestação de contas a ser submetido ao Tribunal de Contas da União. Percebe-se que pelos quadros apresentados abaixo, a Controladoria Geral da União é o instrumento que apura as irregularidades capazes de produzir lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, buscando a punição dos responsáveis no tempo oportuno e o resarcimento aos cofres públicos. Ademais, o referido órgão é caracterizado por fiscalizar a aplicação dos recursos efetuados pela União a Municípios, Estados e Distrito Federal, ou seja, faz o controle anterior ao Tribunal de Contas da União:

Tabela com as realizações das Auditorias Anuais de Contas

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Administração Direta	890	943	995	987	838	286	254	322	212
Administração Indireta	338	289	321	335	342	233	264	320	361
TOTAL	1.228	1.232	1.316	1.322	1.180	519	518	642	573

Fonte: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Auditorias anuais de contas. Sistema Ativa. (<http://www.cgu.gov.br/controleInterno/AvaliacaoGestaoAdministradores/AuditoriasAnuaisPrestConta/index.asp>). Acesso em: 20 out. 2013.

A Auditoria de Pessoal feita pela CGU visa verificar a legalidade dos pagamentos aos servidores públicos federais do Poder Executivo. Isto requer que este órgão tenha atenção especial com estes gastos, pois a despesa com pessoal representa uma grande fatia da despesa orçamentária de qualquer Poder para a correta a correta aplicação de recursos nesta área. No período de 2005 a 2012 foram avaliados os seguintes atos de pessoal. No período de 2005 a 2012, foram analisados os seguintes quantitativos de atos de pessoal, de acordo com o quantitativo de atos de pessoal analisados pela CGU, em Brasília e Regionais:

APOSENTADORIA	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Legal	8.661	9.661	11.773	9.940	12.823	14.386	16.651	14.495
Com falha	4.425	2.859	3.456	3.937	5.379	5.234	6.495	8.336
Illegal	612	498	673	633	660	573	1.118	787
TOTAL	13.698	13.018	15.902	14.510	18.862	20.193	24.264	23.618

Fonte: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Gastos com Pessoal da Administração Pública Federal <http://www.cgu.gov.br/ControleInterno/AvaliacaoGestaoAdministradores/GastosComPessoal/index.asp>. Acesso em: 20 out 2013.

PENSÃO	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Legal	5.839	7.122	7.937	7.832	8.207	7.944	7.632	6.975
Com falha	2.639	2.124	1.759	2.032	1.983	2.380	2.442	3.288
Illegal	116	83	147	111	252	212	229	254
TOTAL	8.594	9.329	9.843	9.975	10.442	10.536	10.303	10.517

Fonte: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Gastos com Pessoal da Administração Pública Federal. <http://www.cgu.gov.br/ControleInterno/AvaliacaoGestaoAdministradores/GastosComPessoal/index.asp>. Acesso em: 20 out. 2013.

ADMISSÃO	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Legal	18.375	31.462	44.096	63.394	64.902	55.365	298.153	59.118
Com falha	8.174	3.929	4.608	6.395	5.735	12.469	15.536	11.460
Illegal	269	547	900	2.726	1.593	910	3.472	463
TOTAL	26.818	35.938	49.604	72.515	72.230	68.744	317.161	71.041

Fonte: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Gastos com Pessoal da Administração Pública Federal. <http://www.cgu.gov.br/ControleInterno/AvaliacaoGestaoAdministradores/GastosComPessoal/index.asp>. Acesso em: 20 out. 2013.

O trabalho desenvolvido pela CGU nas tabelas supramencionadas acima busca efetuar um cotejo no que se refere ao correto gasto público dos valores de pessoal que estejam no limite estabelecido pela legalidade imposta. Neste sentido, há um amplo labor que busca asseverar a correta legalidade dos pagamentos dos servidores públicos federais e, neste sentido, a CGU utiliza de preceitos administrativos que busquem fiscalizar os processos de aposentadoria, pensões, admissões e desligamento dos servidores públicos federais.

Outro procedimento utilizado é o da Tomada de Contas Especial que é um instrumento de que dispõe a Administração Pública para poder ressarcir o Estado de prejuízos que lhe forem causados, sendo o mesmo revestido de rito próprio e somente instaurado depois de esgotadas as medidas administrativas para reparação de quaisquer dano. No período de 1 de janeiro de 2002 a 30 de setembro de 2013, foram efetuadas

auditorias da CGU em 19.223 processos de Tomadas de Contas Especiais; desses, 14.938 foram analisados e as contas consideradas irregulares. Os 4.285 processos restantes foram devolvidos, em diligência, às entidades instauradoras para revisão e/ou complementação de dados. Para melhor compreender basta verificar as tabelas abaixo:

Total de análises de processos de Tomadas de Contas Especiais (TCEs) efetuadas pela CGU

Exercícios	Análises de TCEs Efetuadas	Diligenciadas ao Órgão de Origem	Certificadas ao TCU	Retorno Potencial R\$
2002 – 2008	11.804	2.594	9.210	3.546.977.530,81
2009	1.605	328	1.277	702.738.553,22
2010	1.481	375	1.106	1.685.274.158,37
2011	1.149	405	744	1.783.167.841,61
2012	1.688	414	1.274	1.453.300.009,34
2013*	1.496	169	1.327	20.991.849.495,57
TOTAL	19.223	4.285	14.938	30.163.307.588,92

Fonte: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Auditoria das Tomadas de Conta Especial. (*) até 30 de setembro. Acesso em: 20/10/2013: <http://www.cgu.gov.br/ControleInterno/AvaliacaoGestaoAdministradores/TomadasContasEspecial/index.asp>.

Fatos motivadores da instauração de processos de TCE

Motivo	2002-2008	2009	2010	2011	2012	2013*
Omissão no dever de prestar contas	3.727	327	245	102	131	218
Irregularidades na aplicação dos recursos	2.014	274	243	204	429	490
Não cumprimento do objeto conveniado	1.184	301	235	211	326	286

Motivo	2002- 2008	2009	2010	2011	2012	2013*
Prejuízos causados por servidor ou empregado público	765	62	109	45	104	48
Não aprovação da prestação de contas	1.016	145	54	54	103	88
Irregularidade praticada por bolsista ou pesquisador	275	105	111	4	6	12
Irregularidade na cobrança de procedimentos do SUS	206	60	72	106	77	89
Outros	23	3	37	18	98	96
TOTAL	9.210	1.277	1.106	744	1.274	1.327

Fonte: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Auditoria das Tomadas de Conta Especial. (*) até 30 de setembro. Acesso em: 20/10/2013: <http://www.cgu.gov.br/ControleInterno/AvaliacaoGestaoAdministradores/TomadasContasEspecial/index.asp>

3.6 Controle Interno

Dentro de qualquer administração pública temos os agentes públicos e os agentes políticos. Aqueles são vinculados ao Estado por relação profissional, sujeitos a uma hierarquia funcional enquanto os segundos são as ditas autoridades supremas do governo e da administração, mas de forma transitória. No exercício das funções dos agentes públicos são características tanto de serem conjugados a um poder vinculado quanto discricionário. Por isto é compreensível o uso da contratação, por meio de concursos públicos, de profissionais no trato à res pública, bem como a contratação dos chamados cargos de confiança para que a administração possa oferecer à sociedade a maximização dos objetivos de um Plano Plurianual. É a burocracia! É natural que na burocracia haja uma quantidade e qualidade de informação para a tomada de decisões de qualquer governo. A informação, a técnica e o conhecimento técnico, enfim, são o que baseiam o poder burocrático em tela. Para isso há de ter um autocontrole. O grande desafio do autocontrole é atualizar-se em face da crescente complexidade da estrutura estatal o que acaba diminuindo a eficiência da administração pública.

Numa democracia, os agentes políticos são os detentores da legitimidade e responsabilidade política cabendo a eles, por meio de seus partidos políticos, a formação de seus programas de governo e quando estes chegam ao poder eles veem que não é fácil a execução de seus projetos. Nisso aparece a dificuldade do viés político de fazer um projeto, mesmo que não seja tecnicamente recomendado, a qualquer jeito e desrespeitando as normas legais. Aí a importância de um controle interno eficaz e eficiente, pois sua atuação é fundamental para o sucesso do trato da coisa pública.

Daí a importância do processamento das informações que retroalimentem o comando da administração, concorrendo com a tomada de decisões tornando-se indispensável o controle interno, neste contexto, que tem expressão funcional e sua ação não é de garantir a concentração de informações, mas de principalmente ajudar e fiscalizar internamente a administração com características de organização, ampla rede de procedimentos e métodos de controle, informações para o desejável planejamento e a consequência de sempre se auto-avaliar para manter a atualização dos procedimentos técnicos adotados.

Qualquer um dos três poderes tem de ter um comprometimento com a realização dos objetivos da administração pública. Está prescrito no artigo 74 da Constituição Federal que o controle interno deve ter atuação integrada e sistêmica, nos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo para o fim de avaliar o cumprimento de metas e a execução

de programas governamentais e orçamentários, comprovar a legalidade e avaliar os resultados da gestão quanto à eficiência e eficácia, exercer o controle das obrigações, bem como os direitos e haveres de direito e preceituamente apoiar o controle externo.

Por isso, o sistema de controle interno, quando eficiente, resultará em êxitos quanto à eficácia, economicidade e eficiência dos atos de gestão, ao mesmo tempo em que ajuda a prevenir a ocorrência de atos irregulares, perdas e desvios de recursos públicos. O primordial é que os ocupantes deste trabalho não tenham qualquer interferência em seus trabalhos. O controle interno é a forma primordial de a administração prevenir os atos e fatos irregulares na condução das políticas públicas, pois configura importante instrumento de efetivação da cidadania dificultando a adoção de práticas clientelistas vinculando o administrador a uma prestação de contas à sociedade.

Na administração pública é amplamente conhecido que neste tipo de controle a contabilidade é essencial e para isto existe uma normatização do Conselho Federal de Contabilidade objetivando garantir um razoável grau de eficiência e eficácia do sistema de informação contábil, visando assegurar o cumprimento da missão de onde o Contabilista trabalhe.

Esta regra legal é a norma brasileira de contabilidade nº 16 que tem por finalidade definir que o controle interno tenha de assegurar a proteção dos ativos e a veracidade dos componentes patrimoniais; garantir a observância da validade, legalidade e regularidade das transações; promover e manter a confiabilidade do sistema de informações contábeis; comprovar atos e fatos que afetem ou possam afetar o patrimônio; garantir a integridade e exatidão dos registros contábeis; prevenir práticas ineficientes e antieconômicas, erros, fraudes, malserviço, abusos, desvios e outras inadequações; possibilitar a eficácia da gestão e garantir a qualidade de informação, garantir a execução dos planos e políticas definidas pela administração e garantir a aderência das demonstrações contábeis aos princípios fundamentais e normas brasileiras de contabilidade.

De acordo com esta norma a mesma tem de ser exercida em todos os níveis de entidades governamentais. Para isso a organização do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal tem como integrantes a CGU, como órgão central, incumbido da orientação normativa e da supervisão técnica dos órgãos que compõem o sistema de controle interno; as Secretarias de Controle Interno (CISET) da Casa Civil, da Advocacia-Geral da União, do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Defesa, como órgãos setoriais e, por fim, as unidades de controle interno dos comandos militares, como unidades setoriais da Secretaria de Controle Interno do Ministério da Defesa.

4 CORRUPÇÃO COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A sociedade é moldada em função da mutação das relações entre as pessoas acontecendo a seus olhos o aperfeiçoamento do regramento social. No entanto, para o atingimento destas perfeições são inseridos alguns meios de controle como a Lei para a concretização do bem comum para todos. Sob o aspecto axiológico, estes controles apresentam dosimetrias diferentes, conforme cada caso concreto e sua tipificação da norma legal. No nosso direito existem sanções cujas aplicações são restritas a cada ramo do direito. Como exemplo temos:

- o cerceamento de liberdade do cidadão (art. 5º, inciso XLVI, Constituição Federal/1988);
- a infração dos deveres funcionais do servidor público que podem caracterizar sanções de natureza cível (artigo 37, § 4º, Constituição Federal/1988), penal (artigo 5º, inciso XLVI, Constituição Federal/1988) e administrativa (art. 41, § 1º, incisos II e III da Constituição Federal/1988);

O citado §4º do art. 37 da Carta Magna define que os atos de improbidade administrativa podem ter por consequência: suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; indisponibilidade dos bens; resarcimento ao erário, sem prejuízo da ação competente.

Alexandre de Moraes¹³ define:

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta e indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público.

A improbidade administrativa é disciplinada na Lei nº 8.429/1992 e permeia por ser uma norma que atinja o âmago, sobretudo, da corrupção. No artigo 12 da citada Lei são passíveis de aplicação, por um órgão jurisdicional, de sanções a perda da função pública, a perda de bens, o resarcimento do dano, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil e a proibição de receber incentivos ou ser contratado pelo Poder Público. É perceptível quando se lê a Lei nº 8.429/1992 que a aplicação de sanções tem natureza penal em função de sua severidade. A referida Lei especifica quais são os comportamentos que lhe são característicos, mas não esgotam os atos.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 366.

A Lei nº 8.429/92 legitima a responsabilidade do servidor público exigindo de três formas a responsabilidade subjetiva.

O art. 9º colacionado abaixo considera o ato de improbidade administrativa que resulte em enriquecimento ilícito:

“CAPÍTULO II

Dos Atos de Improbidade Administrativa

Seção I

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII- aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI- incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

O ato de improbidade administrativo que resulte lesão ao horário é estabelecido no art. 10:

Seção II

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores

do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

VI - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII- conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII- frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Por derradeiro, é apontado como ato de improbidade administrativa aquilo que atenta contra os princípios da administração pública:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.”

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴ analisa:

O enquadramento da lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando um ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve o mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.

As sanções cominadas acima são de natureza administrativa, civil e política e, interpretando a norma legal, fica perceptível que há uma espécie de hierarquia entre os conjuntos dos artigos em que os atos do art. 10º são mais prejudiciais ao interesse público e, pela ordem, o art. 11º (que causam dano ao erário) ocupa uma posição mediana e, por fim, os atos do art. 12º são considerados menos graves do que os demais.

Nesta toada, necessário a descrição dos sujeitos ativos e passivos. Os sujeitos passivos seriam as vítimas atingidas pelos atos. De forma concorrente, o Ministério Público tem a legitimidade, como o sujeito passivo, de adentrar com a ação de improbidade administrativa.

Quanto aos sujeitos ativos são aquelas pessoas que são figurados no polo passivo da ação de improbidade administrativa.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 675.

Ademais, cabe destacar que os atos de improbidade administrativa têm as características da necessária tipificação em lei federal (Lei nº 8.842/92) e a natureza civil.

Alexandre de Moraes¹⁵ especifica a natureza civil:

A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula "...sem prejuízo da ação penal cabível".

Uma grande questão de controvérsia da ditada Lei é que a grande maioria dos agentes improbos goza de foro privilegiado por prerrogativa de função nas causas de natureza penal, tampouco nas sanções de natureza cível. Neste caso culmina ao Juízo o processo e julgamento das causas em que o Presidente da República, Senadores, Deputados, Procurador-Geral da República, Prefeitos, Ministros e Conselheiros de Tribunais de Contas, bem como os Juízes, por exemplo, figurem no polo passivo.

Importante a transcrição do informativo 471 do Supremo Tribunal Federal, acerca da RCL. 2.138/DF:

Quanto ao mérito, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação para assentar a competência do STF para julgar o feito e declarar extinto o processo em curso no juízo reclamado. Após fazer distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na CF, quais sejam, o do art. 37, § 4º, regulado pela Lei 8.429/1992, e o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, "c", da CF e disciplinado pela Lei 1.079/1950, entendeu-se que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na lei 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o STF nos termos do art. 102, I, "c", da CF.

Ressalta-se que o alcance da decisão do STF é aplicável aos agentes públicos, de forma ampla, mas limitado aos agentes políticos que não estejam adstritos ao crime de responsabilidade.

A forma positiva da Lei de Improbidade é que ela está alcançando os agentes coexistindo com as demais esferas de responsabilidade penal, administrativa e política. Sendo ainda um forte instrumento para a manutenção do Estado Democrático de Direito, mas se a população não exercer a cidadania, como por exemplo, opinando na feitura de um Orçamento Participativo ou até fiscalizando a execução orçamentária de um governo não adiantará muita coisa.

15 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 367.

Neste sentido, exercer a cidadania é vital, para que as gerações futuras possam viver em um país mais digno.

5 CONCLUSÃO

A corrupção é um problema tão grande que, conforme demonstramos neste trabalho, advém do passado e encontra-se disseminado em todo o mundo em alguns países com mais e outros com menos incidência. Afeta o respeito próprio de uma nação e, por consequência, prejudica o crescimento econômico. No caso brasileiro temos notado que existem ações sendo desenvolvidas, mas ainda faltam mais instrumentos para a operacionalização da diminuição da corrupção e só podemos fazer no momento é combater e principalmente prevenir. Prevenir é a chave para qualquer sucesso. O nível de transparência tem de ser uniformizado, ou seja, tanto o legislativo, o judiciário e o executivo tem de ter o mesmo nível de governança responsável. E não é preciso esperar que esta governança tenha como iniciativa dos agentes políticos, mas sim de uma sociedade organizada para que se tenha o real controle dos atos e fatos administrativos.

Para que a fiscalização seja efetuada é necessário esforços de todos os atores para terminar com a corrupção o que, com certeza, preservará o Estado de Direito no Brasil. Como propostas de prevenir a corrupção interessante seria:

- Fiscalização nas campanhas eleitorais: é necessário que existam regras claras no financiamento deste. É sabido que possa existir o famoso caixa-dois na arrecadação e gastança das despesas de alguma candidatura assumindo, neste caso, uma contabilidade paralela. Sem fiscalização quem, por ventura, seja o financiador de uma campanha pode querer no futuro do já agente político que este retribua o seu favor. Por isto é necessário que tenhamos uma legislação mais qualificada como punição destes esquemas ilícitos;
- Licitações: as regras de licitações tem de ser permanentemente atualizadas, pois o crime organizado, nesses casos, sempre nos surpreende porque quando criado uma norma legal é procurado a oportunidade de burlá-la pelo seu defeito material, mesmo que incomprensível aos olhos dos cidadãos;
- Reforma Judiciária: o judiciário é suscetível à corrupção, como qualquer outro poder, no sentido de ter um

procedimento lento favorecendo um setor, por exemplo. Por isso é necessário a contratação de novos servidores e juízes para apressar o andamento de processos, para dizer apenas um problema, bem como a mudança das leis processuais no sentido de alterar a sua temporariedade;

- Participação mais efetiva da sociedade civil: a existência de uma sociedade organizada dissemina numa maior pluralidade de ideias e formas de participação reduzindo o espaço para a corrupção;
- Desenvolvimento da educação: o cidadão, quando é educado, tem mais condições de compreender o seu espaço social e político buscando, em consequência, a competência no trato à “res” pública dos administradores governamentais. Transformar uma sociedade desigual, dividida e sem oportunidades é o grande desafio para a democracia. Educar no sentido de promover uma conscientização de que o cidadão tenha de participar na elaboração de um orçamento público, na fiscalização de uma execução orçamentária, mas isso não acontecerá em um passo de mágica, portanto é necessário ter uma política educacional de médio a longo prazo, o que tornará de verdade, no futuro, prevenir e não só combater a corrupção;
- Remuneração digna aos agentes públicos: em alguns órgãos, há servidores públicos que embora tenham um rendimento de menor monta, ao mesmo tempo gerenciam uma burocracia de tornar mais rápido ou mais lento determinada atividade, por exemplo, e, assim, pode ser corruptido se este for seduzido por interesses financeiros. Mas, se o mesmo ganhar uma remuneração digna, determinada pela sua responsabilidade funcional, a tendência é que a corrupção não aconteça. A credibilidade do serviço público é um elemento essencial para fechar o cerco à corrupção valorada por um planejamento estratégico aliada à integridade e comportamento ético, portanto é chave para a qualidade dos serviços públicos;
- Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI): é necessário que as sessões de uma CPI não tenham como fator predominante a aparição política de determinado parlamentar para que este fique com sua imagem positiva

à sociedade, mas sim um órgão que investigue a ilicitude a ser apurada;

- Tribunais de Contas – a necessidade predominante é que acabem as indicações políticas, pois são estas indicações para ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas quem tomam as decisões em forma de Acórdãos. Como pode um Ministro/Conselheiro decidir algo contra quem o indicou? Por causa disso, excetuada as exceções que ocorrem, é difícil que os Tribunais de Contas não tenham um posicionamento contrário.

Portanto, a corrupção é considerada, como visto neste trabalho, um sério obstáculo ao desenvolvimento do Brasil. No debate internacional sobre o fenômeno da corrupção, que afeta praticamente todos os países do mundo e, sem distinção, tanto instituições públicas, quanto as corporações privadas, têm se concentrado no campo das medidas preventivas, em lugar da ênfase que é dada. Isso ocorre porque se reconhece hoje que a punição depois de consumado o fato ilícito não é suficiente para impedir sua repetição, muito embora não devesse deixar de reconhecer que as normas em vigência têm sido duras e tempestivas, mas são raras. Portanto, apontar sua existência em função da falta de ética ou mesmo da característica maligna de cada ser humano é uma afirmação precipitada, pois quem é corrupto não o age apenas por natureza, mas sim pelo vicejar das condições para que isso se estabeleça. Igualmente, o necessário é que haja a ampla atuação dos Governos para que existam políticas anticorruptas no sentido de que, assim, haja o atendimento ao bem comum, isto é, uma melhor qualidade de vida que a sociedade mereça.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRUM, Francisco Valle. Da incerteza à realidade: a Advocacia-Geral da União como protagonista no combate à corrupção e na defesa da “res publica”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3137, 2 fev. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20992>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. A corrupção na Administração Pública no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 176, 29 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4657>>. Acesso em: 19 out. 2013.

CARVALHO, José Murilo de. Escola de Transgressão. *Revista de História da Biblioteca Nacional*, ano 4, n. 42. mar. 2009.

CAVALCANTI, Pedro. *A corrupção no Brasil*. Edições Siciliano, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GUERRA, Evandro Martins. *Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas*. Editora Fórum, 2003.

KROLL, Consultoria. *Fraude e corrupção no Brasil: a perspectiva do setor privado*. Rio de Janeiro. ONG Transparência Brasil, nov. 2002.

INTERNATIONAL, Transparency. *Corruption Perceptions Index 2013*. Disponível em: <<http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TÁCITO, Caio. *Moralidade Administrativa*. RDA, n. 218, 1999.

TREVISAN, Antoninho Marmo. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. 2. ed. ampliada, Ateliê Editorial, 2003.

A PROBLEMÁTICA DO DIES A QUO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DO § 1º DO ART. 142 DA LEI Nº 8.112/90: UMA INTERPRETAÇÃO SOBRE QUEM DEVE SER A AUTORIDADE COMPETENTE PARA TOMAR CONHECIMENTO DE ATO INFRACIONAL, PARA FINS DE AÇÃO DISCIPLINAR

Hélio Ribeiro Couto
Procurador Federal

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Prescrição no Direito Administrativo Disciplinar e a definição da autoridade cognoscente de suposta infração disciplinar: entre segurança jurídica e eficiência; 1.1 A supremacia do interesse público sobre o privado; 1.2 Direitos Fundamentais; 1.3 Segurança Jurídica; 1.4 Princípio da Eficiência; 2 A indefinição do marco prescricional previsto no § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112/1990 e as posições da Administração Federal, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e doutrina sobre o tema; 2.1 A falta de clara identificação do *dies a quo* da contagem prescricional na Lei nº 8.112/90; 2.2 Interpretação da Administração Pública Federal sobre o *Dies A Quo* da contagem prescricional; 2.3 Interpretação do Superior Tribunal de Justiça sobre o *Dies A Quo* da contagem

prescricional; 2.4 Interpretação da doutrina sobre o *Dies A Quo* da contagem prescricional; 3 Proposições Para uma definição mais precisa sobre o *Dies A Quo* na contagem prescricional prevista no Art. 142, §1º da Lei nº 8.112/90; 3.1 Definição da autoridade competente para tomar ciência do suposto ato infracional e, em consequência, precisar o *Dies A Quo* da contagem prescricional; 3.2 Os meios pelos quais a autoridade competente é considerada científica da suposta ação infracionada; 3.3 Exemplos de outros normativos jurídicos sobre a definição do *Dies A Quo* da contagem prescricional; 3.4 Proposta de revisão legislativa; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho investiga os problemas decorrentes da imprecisão normativa do §1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, que dispõe que “o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”. Referida disposição normativa, ao não especificar de forma clara quem seria a autoridade competente para tomar conhecimento do ato infracional, não delimitou de forma precisa, na esfera federal, um marco inicial para a contagem do prazo prescricional nos procedimentos disciplinares. Busca-se inicialmente analisar e definir o *dies a quo* da contagem do prazo prescricional no processo administrativo disciplinar, à luz de alguns referenciais teóricos e dogmáticos que são considerados essenciais para um adequado entendimento da questão, tais como: a adequação da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado na atualidade, a noção de direitos fundamentais e as balizas traçadas pelos princípios jurídicos (em especial os da segurança jurídica, da eficiência e da proporcionalidade). Além disso, é feita uma análise das principais interpretações firmadas pela Administração Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pela doutrina, além de citar alguns atos normativos estaduais e municipais sobre o assunto com o objetivo de demonstrar a variedade de alternativas para a fixação do *dies a quo* da contagem do prazo prescricional nos procedimentos disciplinares. Por fim, é apresentada a posição que parece espelhar a melhor definição da autoridade competente, como sendo qualquer pessoa que se encontre em posição hierarquicamente superior ao servidor infrator. Apesar do acolhimento desse entendimento, é recomendada não só a mudança de postura interpretativa, como também uma revisão legislativa, como forma de melhor assegurar a segurança jurídica na seara do direito disciplinar. Por fim, são apresentadas considerações finais.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição. Processo Administrativo Disciplinar. Art. 142, § 1º, da Lei nº 8.112/90. Data do Conhecimento do Fato Pela

Autoridade Competente. Termo inicial. Estado Democrático de Direito. Segurança Jurídica e Proporcionalidade.

ABSTRACT: This document investigates the problems arising from normative vagueness of §1º of Art. 142 of Law Nº 8.112/90, which provides that “the limitation period begins to run from the date on which the fact became known”. Said legislative provision by not specifying clearly who was the competent authority to take cognizance of the offense, did not define precisely at the federal level, an initial for counting the limitation period in disciplinary proceedings milestone. Seeks to initially analyze and define the *dies a quo* counting the limitation period in administrative proceedings in light of some theoretical and dogmatic references that are considered essential for a proper understanding of the issue, such as the appropriateness of the idea of supremacy of public interest over private nowadays, the notion of fundamental rights and goals outlined by legal principles (particularly those of legal certainty, efficiency and proportionality). Furthermore, an analysis of the main interpretations signed by the Federal Administration, the Superior Court and the doctrine is taken, besides mentioning some state and local normative acts on the subject in order to demonstrate the variety of alternatives for fixing the *dies a quo* counting the statute of limitations in disciplinary proceedings. Finally, the position seems to mirror the best definition of the competent authority, as anyone who is in the offender server hierarchically superior position is presented. Despite the host of this understanding, it is recommended not only changing interpretive stance, as well as a legislative review as a way to better ensure legal certainty on the likes of the disciplinary law. Finally, concluding remarks are presented.

KEYWORDS: Prescription. Administrative Disciplinary Process. Article 142, § 1º, of Law 8.112/90. Date knowledge of the Fact by the Competent Authority. Initial Term. Democratic State. Legal Certainty and Proportionality.

INTRODUÇÃO

O instituto da prescrição pode ser considerado um reflexo de questões político-jurídicas mais abrangentes, como a segurança jurídica e a estabilidade social. Contudo, apresenta relevantes desafios na esfera do direito disciplinar no âmbito federal brasileiro.

Isto ocorre na medida em que o §1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, ao dispor que “o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”, não foi preciso o suficiente para delimitar com

clareza um marco inicial, pois não especificou quem seria a autoridade competente para tomar conhecimento do ato infracional e, assim, dar início à contagem do prazo prescricional.

Diante da imprecisão imposta pelo ato normativo em questão, a Administração Federal (Parecer nº GQ – 55¹) e, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (EDcl no MS 17873/DF²) o interpretaram no sentido de que somente quando a autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar tem ciência do ato infracional é que a contagem do prazo prescricional se inicia.

Contudo, esse entendimento pode fazer com que os servidores públicos federais submetidos a processos disciplinares fiquem sujeitos ao poder punitivo do Estado por períodos extremamente longos, o que pode atentar contra os princípios do Estado de Direito.

Dessa forma, pretende-se investigar essa interpretação, que não parece ser a que mais se coaduna com referenciais essenciais em um Estado Democrático de Direito, os quais balizam a presente análise de definição do *dies a quo* da contagem do prazo prescricional.

No primeiro capítulo, será feito um estudo sobre a influência dos temas da supremacia do direito público sobre o privado, dos direitos fundamentais e dos princípios da segurança jurídica e da eficiência na definição do *dies a quo* e na discussão do problema investigado.

A supremacia do direito público sobre o privado será vista sob a ótica do paradigma constitucional atual, ou seja, do Estado Democrático de Direito, demonstrando-se que não se pode enxergar de forma antagônica o público (interesse do Estado de punir o servidor infrator independentemente do prazo necessário) e o privado (direito do servidor de ser investigado em um lapso de tempo razoável, sob pena de incidir a prescrição), pois passam a ser vistos como interesses complementares.³ É que, nesse paradigma, entende-se que o interesse público é alcançado quando se encontra o equilíbrio entre o interesse Estatal e os individuais.

Além disso, a definição do problema apresentado deve ser de tal ordem que direitos fundamentais como o da duração razoável do processo administrativo (art. 5º, LXXVIII da CF/88) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CF/88) sejam resguardados.

¹ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Parecer nº GQ – 55*. Brasília, 1995. Publicado na íntegra no DO de 2/2/95, p. 1398/1402.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no MS 17873/DF*, Rel. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, Brasília, DF, julgado em 28 de agosto de 2013, DJe de 09/09/2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=17873&bb=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em 04 dez. 2013.

³ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 45.

Os princípios da segurança jurídica e da eficiência também merecerão análise na definição do *dies a quo*, pois apresentam importância fundamental na esfera disciplinar. A definição deve ser precisa, de modo a garantir a estabilidade jurídica. Além disso, a apuração disciplinar precisa ser processada em tempo razoável, de acordo com os preceitos do princípio da eficiência.

No segundo capítulo, serão expostas e analisadas as interpretações feitas pela Administração Pública Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pela doutrina.

No terceiro capítulo, apresenta-se a proposição que se entende como a mais adequada quanto à pergunta de quem deve ser a autoridade competente para tomar conhecimento do fato (art. 142, §1º, da Lei nº 8.112/90) e, por consequência, deflagrar a contagem do prazo prescricional.

Esse capítulo também tratará dos meios pelos quais a autoridade competente toma conhecimento do ato infracional, já que o simples procedimento de ciência tem efeitos significativos para a contagem do prazo prescricional. Serão considerados, ainda, alguns atos normativos estaduais e municipais que dispõem sobre a definição do *dies a quo* da contagem prescricional.

Por fim, ainda no terceiro capítulo, com o objetivo de apresentar solução apta a proporcionar segurança jurídica em torno da questão alusiva ao início do prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado e, ainda, privilegiar os princípios regentes do Estado Democrático de Direito, bem como os direitos e garantias fundamentais dos servidores públicos federais, avalia-se a necessidade de proposta de revisão legislativa.

Por fim, serão apresentadas considerações finais.

1 PRESCRIÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E A DEFINIÇÃO DA AUTORIDADE COGNOSCENTE DE SUPOSTA INFRAÇÃO DISCIPLINAR: ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA

A definição do *dies a quo* da contagem do prazo prescricional no processo administrativo disciplinar está inserida em um contexto de análise abrangente, no qual se invocam distintas concepções ligadas à atuação sancionadora do Estado e da proteção da sociedade – sobretudo em relação às garantias dos cidadãos em geral. Nesse sentido, entende-se aqui ser necessário investigar o referido tema à luz de alguns referenciais essenciais, a saber: a adequação da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado na atualidade, a noção de direitos fundamentais e a baliza dos princípios jurídicos (em especial os princípios da segurança jurídica, da eficiência e da proporcionalidade).

1.1 A supremacia do interesse público sobre o privado

Inicialmente, cabe assentar que a dicotomia entre público e privado é de extrema complexidade no que se refere à questão da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. A ponderação entre o interesse público e o privado, na questão da indefinição da autoridade cognoscente de eventual infração disciplinar, por conseguinte, encontra-se neste universo complexo.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao conceituar interesse público, define que é o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos *pessoalmente* têm quando considerados *em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”⁴ (grifo do autor).

A noção do que seja interesse público, aliás, é bastante difundida na discussão dos chamados paradigmas constitucionais modernos.

Isto porque, para Habermas, “na medida em que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de *todos* os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração” (grifo do autor).⁵

O primeiro paradigma, qual seja, o Estado de Direito (Estado Liberal), teve como norte a ideia de liberdade, de um Estado mínimo, em que se defende a igualdade e a possibilidade de todos serem proprietários, livres e iguais.⁶ Ele surgiu em oposição ao poder político desmedido do Estado Absolutista.

Nesse primeiro paradigma moderno, era visível o desnívelamento na relação público-privado, uma vez que prevalecia de forma desproporcional o interesse privado, o liberalismo, em contraposição a um direito público atrofiado, com um repertório reduzido.⁷

A incapacidade de o Estado suprir os reclames da sociedade no modelo de Estado Liberal justificava a mudança de sistema. Surgiu, então, o segundo paradigma constitucional moderno, o Estado Social, no qual o Estado passou a interferir de maneira significativa

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 61.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. p. 131.

⁶ NETTO, Menelick de Carvalho. *Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. p. 11. (Pós-Graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

⁷ PINTO, Cristiano Paixão Araujo. Arqueologia de uma Distinção: o PÚblico e o Privado na Experiência História do Direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 36.

nas relações sociais e econômicas, buscando reverter o caos socioeconômico que se projetava desde o final da 1ª Guerra Mundial, agravado a partir da Quebra da Bolsa de Nova York de 1929, cujos efeitos foram sentidos mundialmente. Adotando o perfil de produtor de bens e colocando os cidadãos na posição de “clientes”, o Estado “deveria deixar de se mostrar distante da esfera privada de relações jurídicas, sociais e econômicas, para passar a intervir ativamente na ‘sociedade civil’”⁸.

Nessa fase, houve uma inversão na relação público e privado, ganhando aquele um aumento significativo em importância e passando a ser identificado a partir de então com o Estado. Cristiano Paixão afirma, inclusive, que, de fato, todo o direito é público no Estado do bem-estar social, ficando apenas para fins didáticos a dicotomia direito público e privado.⁹

Em tal período, tornou-se fácil verificar a concepção de supremacia do interesse público sobre o privado, na medida em que a máquina pública, postada como promotora de cidadania, posicionou os cidadãos como meros clientes do Estado e, por fim, acabou por negar-lhes a almejada cidadania.¹⁰

Na sequência, surgiu o terceiro paradigma constitucional de organização política, o Estado Democrático de Direito, em que houve incremento da participação dos indivíduos na tomada de decisões das políticas públicas e a interação entre o Estado e os cidadãos, significando o alcance da cidadania.

Nessa fase, em que se buscou efetivamente a participação das pessoas nas decisões das políticas públicas, não mais se concebe a conceituação tradicional de supremacia do interesse público sobre o privado, posto que é conferido aos cidadãos “articular autonomia privada e pública, impedindo que o Estado assuma um viés totalitário de fonte única e autônoma da definição e promoção de interesses socialmente relevantes”¹¹.

Novamente é possível presenciar alteração na relação entre o público e o privado. Diferentemente dos paradigmas modernos anteriores, nos quais havia uma tendência do público se misturar

8 ALCUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública Brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. p. 6/7. (Pós-Graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

9 PINTO, Cristiano Paixão Araujo. Arqueologia de uma Distinção: o PÚblico e o Privado na Experiência História do Direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 40/41.

10 MAIA, Cristiano Soares Barroso. A (im)pertinência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. *Fórum Administrativo Direito Público FA*, Belo Horizonte , ano 9 , n . 103 , set . 2009 . p. 7. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62502>>. Acesso em: 14 set. 2013.

11 Ibidem, p. 13.

ao estatal, no Estado Democrático de Direito pretende-se que essa mistura não ocorra mais de forma inadequada ou injustificada. Nessa fase, também se defende a impossibilidade de antagonismo entre público e privado, uma vez que eles passam a figurar como complementares.¹²

Em referido paradigma constitucional, não se pode mais conceber, como outrora, o privado como egoísmo e o público como exclusivamente Estatal, uma vez que se atingiu um nível de complexidade que requer da sociedade civil, através de organizações, a defesa de interesses públicos.¹³

É verdade que a doutrina e a jurisprudência nacional, em sua maioria, reconhecem a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado¹⁴, no entanto, não se deve considerar tal fato de forma automática. Isto porque a Constituição é orientada fortemente pelo princípio da dignidade humana, que procura proteger os interesses individuais em face dos interesses públicos promovidos pelo Estado, quando ameaçados em razão destes.¹⁵

Considerando o fato de que a Constituição atual alça a uma posição central os direitos fundamentais, e a estrutura maleável dos princípios constitucionais, não se pode afirmar de forma categórica a prevalência indiscriminada da regra da supremacia do interesse público (coletivo) sobre o individual (privado). Isto porque, não só definir de forma precisa interesse público, mas também avaliar quando o acolhimento do interesse público preserva os direitos fundamentais e não os restringe em prol de interesses coletivos, é tarefa difícil, exigindo exercício de ponderação por parte do administrador.¹⁶

O interesse público e o privado estão intimamente ligados, inviabilizando na prática uma distinção absoluta. Neste sentido é a opinião de Humberto Bergmann Ávila:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na

¹² PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 44-45.

¹³ NETTO, Menelick de Carvalho. A Contribuição do Direito Administrativo enfocado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: Um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Revista do Superior Tribunal do Trabalho*. Brasília: Sintese, Ano 68 - n. 2, p. 79, abr./ jun. 2002.

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 68.

¹⁵ Ibid., p. 76-77.

¹⁶ Ibid., p. 82.

análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex., preâmbulo e direitos fundamentais).¹⁷

Na verdade, quando se protege um interesse privado previsto constitucionalmente, mesmo que não seja de forma absoluta, o que se alcança é o interesse público. Isto é, existe uma interdependência entre ambos os interesses, na medida em que só resguardando um se alcança o outro.¹⁸

E é sob este prisma que deve ser analisada a definição da autoridade a ser considerada como competente para tomar conhecimento do ato infrator, a fim de dar início ao prazo prescricional no processo administrativo disciplinar, previsto no §1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/1990.

A definição da referida autoridade, que exerce influência direta na contagem do prazo prescricional e, consequentemente, no tempo em que o servidor público estará sujeito ao poder sancionador da Administração, deve ser feita à luz dos princípios regentes de um Estado Democrático de Direito, em especial o da proporcionalidade, e não simplesmente para atender ao interesse da administração pública, desrespeitando os interesses individuais.

Isto porque, proteger apenas o interesse público no processo de definição da autoridade cognoscente seria, de acordo com o que defende Gustavo Binenbojm, retornar aos primórdios do surgimento da dogmática administrativa na França, em que se via a defesa apenas dos interesses da Administração em detrimento dos interesses dos cidadãos.¹⁹

1.2 Direitos Fundamentais

José Joaquim Gomes Canotilho, ao elaborar a distinção entre direitos do homem e direitos fundamentais, afirma que os primeiros “são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmemente”(grifo do autor).²⁰

¹⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann (1999) apud BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77.

¹⁸ BINENBOJM, op. cit., p. 77.

¹⁹ Ibid., p. 66.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2003. p. 393.

Os direitos fundamentais consistem em uma categoria de direitos que todas as pessoas são titulares²¹ e que, como regra, são postulados em face do Poder Público, servindo como defesa, estabelecendo limites ao poder estatal em face dos indivíduos, ainda que atualmente se defenda que tais direitos possam ser invocados também contra particulares.²²

Eles apresentam como primeira função a defesa da pessoa humana e de sua dignidade em face do Poder Estatal. Nessa função de direito de defesa dos cidadãos, os direitos fundamentais podem ser vistos sob dois aspectos. O primeiro seria no nível jurídico-objetivo, de normas negativas, isto é, vedando a intervenção do poder público na esfera jurídica individual. O segundo, no nível jurídico-subjetivo, no qual confere aos indivíduos a prerrogativa de exercer positivamente direitos fundamentais e postular omissões ao poder público, com o objetivo de impedir lesões a direitos por parte destes.²³

Ainda que exista quem defenda que os direitos fundamentais são absolutos e não passíveis de restrições pelo poder Estatal, tal assertiva não é possível de ser albergada atualmente. Ainda que possuam importância destacada, pois previstos na Carta Magna, os direitos fundamentais podem sofrer limitações, na hipótese de haver colisão de direitos igualmente resguardados constitucionalmente.²⁴

Sobre a possibilidade de sofrerem restrições, é importante registrar que a própria Constituição traz exemplos, como a limitação àquele que é o mais importante dos direitos, o direito à vida (art. 5º, XLVII, a da CF/88).²⁵

O princípio da proporcionalidade, que encontra fundamento no âmbito dos direitos fundamentais²⁶, é utilizado frequentemente pelo Supremo Tribunal Federal para resolver questões relativas a colisões entre direitos fundamentais²⁷.

Nesses casos, onde são mais frequentes os conflitos entre princípios, diversamente do que ocorre com regras, deverá haver uma conciliação entre eles, a fim de atingir o maior nível de satisfação, aproveitando, na medida do possível, os princípios envolvidos no aparente conflito.²⁸

A questão sobre a definição da autoridade que deve tomar ciência do fato supostamente infracional (§1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/1990)

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 195.

²² Ibid., p. 200.

²³ CANOTILHO, op. cit. p. 407/408.

²⁴ MENDES; BRANCO, ibid., p. 162/163.

²⁵ Ibid., p. 163.

²⁶ Ibid., p. 254.

²⁷ Ibid., p. 262.

²⁸ Ibid., p. 210.

para iniciar o prazo prescricional do processo administrativo disciplinar tem o potencial de restringir direitos fundamentais.

A escolha da autoridade competente tem relação direta com o lapso temporal a que o servidor estará sujeito ao poder estatal sancionador. Isto porque, quando se define, por exemplo, que é competente a autoridade máxima de um órgão, é recorrente que a ciência se dê muitos anos após o cometimento do ato infracional.

A EC nº 45/2004, ao inserir a norma que garante a duração razoável do processo judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII), positivou no âmbito constitucional proteção já prevista anteriormente em convenções internacionais e que, de acordo com alguns doutrinadores, já era implícita na ideia de uma concreta proteção judicial e nos princípios do Estado de Direito e da dignidade da pessoa humana.²⁹

Desse modo, é salutar que a escolha da autoridade competente para iniciar o prazo prescricional, nos processos disciplinares, não recaia sobre aquela que acarrete em uma demora exacerbada na duração do processo, pois, assim, ocorrerá afronta a direitos fundamentais, como o da duração razoável do processo administrativo (art. 5º, LXXVIII da CF/88) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88).

Gilmar Mendes afirma que a duração indefinida de processo judicial, além de afrontar a ideia de proteção judicial efetiva, conspira em desfavor da proteção da dignidade da pessoa humana, uma vez que transforma o ser humano em objeto dos processos estatais.³⁰ A mesma lógica, pois, deve ser usada para os processos administrativos.

É certo, contudo, que no processo administrativo disciplinar e na sindicância deve se buscar o interesse público. O principal motivo pelo qual determinados comportamentos são previstos como infrações disciplinares e, consequentemente, recebem as respectivas sanções, é coibir a prática de condutas vedadas e danosas para o serviço público ou mesmo estimular o cumprimento daquelas impostas pela ordem jurídica.³¹

Já a eventual aplicação de uma penalidade em razão de cometimento de infração disciplinar apresenta como escopos inibir a reincidência do infrator e servir de exemplo para que os demais servidores não pratiquem condutas de igual teor. Conforme ensina Celso Antônio, “quando uma sanção é prevista e ao depois aplicada, o que se pretende com isso é tanto

29 MENDES; BRANCO, op. cit., p. 449.

30 MENDES; BRANCO, op. cit., p. 449.

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 835.

despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade".³²

Apesar dos motivos e interesses da Administração, a condução do processo disciplinar não pode afrontar direitos e garantias fundamentais, como a duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana, requerendo, no caso, um exercício de ponderação na definição em questão, de modo que sejam preservados os interesses do Poder Público, mas sobretudo os individuais.

Deve haver uma obediência ao princípio da unidade da Constituição, de forma que não ocorram contradições entre as normas, já que ela deve ser interpretada em sua globalidade, harmonizando as tensões entre seus mandamentos. As normas constitucionais não podem ser consideradas isoladamente, mas como preceitos integrantes de um sistema unitário de normas e princípios.³³

1.3 Segurança Jurídica

Vem de longe o princípio geral da segurança jurídica, que se pôs como elemento constitutivo do Estado de Direito. Ele está estreitamente ligado à garantia de estabilidade jurídica e a consequente previsibilidade dos cidadãos em relação aos atos da Administração.³⁴

Importante registrar que os Estados modernos apresentam três paradigmas constitucionais, quais sejam, Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, sendo que é a Constituição que estabelece as bases do relacionamento jurídico-administrativo e a relação da Administração com a sociedade, o mercado e demais áreas³⁵.

A Constituição é um instrumento constitutivo do Estado, que, na era moderna, limita o poder e atuação do Estado, garantindo autonomia e liberdade aos cidadãos. Nesse sentido, Canotilho leciona que:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse

³² Ibid., p. 835-836.

³³ K. Stern; HESSE, apud CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2003. p. 1223-1224.

³⁴ MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Características da segurança jurídica no Brasil*. Consultor jurídico. Texto publicado dia 22.06.2013. p. 1. Disponível em: <<http://http://www.conjur.com.br/2013-jun-22/observatorio-constitucional-caracteristicas-seguranca-juridica-brasil>>. Acesso em: 14 set. 2013.

³⁵ ALCUNHA, op. cit., p. 2.

sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. (grifo do autor).³⁶

O princípio da segurança jurídica apresenta importância ímpar dentro do modelo do Estado Democrático de Direito e encontra-se presente em todo o campo do Direito. Nesse sentido, lecionam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo: *Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.*³⁷

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, é, senão o maior, um dos maiores princípios gerais do direito, tendo como escopo evitar alterações inesperadas que possam desestabilizar a situação dos administrados e amenizar os traumas decorrentes de alterações jurídicas que alcancem situações em curso.³⁸

A segurança jurídica, que proporciona a estabilidade social e a ordem jurídica, é essencial para a conformação de um Estado de Direito. A importância de referido princípio é visível, pois a própria Constituição trouxe expresso o conceito de segurança no *caput* de seu art. 5º, conferindo a ele a condição de valor fundamental.³⁹

O destaque de referido princípio se justifica no fato de que o Direito tem como escopo proporcionar a estabilidade e certeza na condução da vida social. O instituto da prescrição pode ser citado como exemplo de instrumento de estabilidade e segurança congênito ao direito.⁴⁰

Para Canotilho, a segurança jurídica requer que os atos normativos sejam precisos e determináveis, isto é, claros, não gerando contradição:

A segurança jurídica postula o *princípio da precisão ou determinabilidade dos actos normativos*, ou seja, a conformação material e formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros, comprehensíveis e não contraditórios. Nesta perspectiva se fala de *princípios jurídicos de normação jurídica* concretizadores das exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica e, consequentemente, da segurança jurídica e do Estado de direito. (grifo do autor).⁴¹

³⁶ N. MATTEUCIC, apud CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2003. p. 51.

³⁷ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 436.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul/RS: NOTADEZ, Ano 58 - nº 398, p. 25/26, dez. 2010.

⁴⁰ MELLO, op. cit., p. 124

⁴¹ CANOTILHO, op. cit., p. 258.

No entanto, o §1º do art. 142 da Lei nº 8.112/1990 prevê simplesmente que “o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”, sem, portanto, especificar quem seria a pessoa competente para tomar conhecimento do fato e, com isso, deflagrar o início da contagem.

Em razão da imprecisão normativa em questão, não se pode estipular por quanto tempo o servidor estaria sujeito à sanção administrativa em decorrência da prática de ato infracional. Dessa forma, não se opera a estabilidade social, afastando-se, assim, das diretrizes do princípio da segurança jurídica.

Em muitos casos, a depender da interpretação que se faça sobre quem seria a autoridade competente para tomar ciência do fato, é possível verificar situações que beiram à imprescritibilidade.

Portanto, a possibilidade de responsabilização administrativa de servidor público em razão de prática de infração disciplinar por período indefinido, ou mesmo extremamente longo, não contribui para a estabilização social, afronta o princípio da segurança jurídica e, por conseguinte, afasta-se de um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Luciano Ferraz afirma que:

Deveras, não se coadunaria com a cláusula do Estado de Direito a possibilidade infinda e perpétua de persecução do vício (qualquer que seja ele) de atos ou condutas administrativas, sob pena de desestabilização das relações jurídicas – a vertente objetivada do princípio da segurança jurídica: o tempo há de ser o remédio para todos os males da vida: *dormientibus non succurrit jus*.⁴²

Para José Afonso da Silva, “a segurança, a ordem e a certeza hão de ser sempre valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição social. Sem essa idéia de justiça a segurança, a ordem e a certeza podem derivar para o arbítrio”.⁴³

O princípio do Estado Democrático de Direito serve para estruturar a construção jurídica do Estado, que atualmente significa segurança jurídica material, e não mais simplesmente formal como outrora, almejando efetivamente valores constitucionais como os direitos e liberdades fundamentais.⁴⁴

⁴² FERRAZ, Luciano. Segurança jurídica positivada: interpretação, decadência e prescritibilidade. *Revista Brasileira de Direito Pùblico – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p.34, jul./set. 2010

⁴³ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. *Fórum Administrativo – Direito Pùblico – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 59, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=33605>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

⁴⁴ TORRES, Heloena Taveira. O Princípio de Segurança Jurídica na constituição do Estado Democrático de Direito. In: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza

Humberto Ávila, embora se referindo a questões tributárias, discorre sobre o conflito entre segurança jurídica e justiça que harmoniza perfeitamente com a questão disciplinar em foco.

Referido autor, ao mencionar o instituto da prescrição, afirma que ele gera uma sensação de confiabilidade, pois o Estado, ainda que tivesse a prerrogativa de agir, somente poderia assim fazer dentro de um determinado tempo. Conclui afirmando que apenas pontualmente a segurança prevaleceria sobre a justiça, pois a primeira seria, na verdade, a própria opção pela segunda.⁴⁵

No direito administrativo sancionador a situação é a mesma. Optar pela limitação temporal do poder de agir da Administração é obedecer ao princípio da segurança jurídica e, por meio dele, alcançar a justiça, ainda que o Poder Público tenha que deixar de punir um servidor em razão do lapso temporal decorrido.

1.4 Princípio da Eficiência

O autor português Canotilho, ao discorrer sobre princípios de interpretação da Constituição, denomina o princípio da eficiência também como da “máxima efectividade” ou da “interpretação efectiva”. Para ele, o sentido que se deve dar a uma norma constitucional deve ser aquele que lhe confira a maior eficácia possível. Referido autor afirma ainda que, atualmente, esse princípio é chamado a operar em todas as normas constitucionais, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais, isto é, quando houver dúvidas sobre diversas interpretações, aquela que confira maior eficácia aos direitos fundamentais deverá prevalecer.⁴⁶

Importante assinalar que os conceitos usados por Canotilho, para o princípio da eficiência como princípio de interpretação da Constituição, podem se adequar também na esfera do Direito Administrativo.

O princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da CF), positivado constitucionalmente pela EC n. 19/98, demonstra a preocupação do constituinte derivado com o desempenho da administração. Não basta que os meios legais para atingir o bom desempenho da Administração sejam empregados, é necessário também que a prestação dos serviços estatais seja eficiente, isto é, que os objetivos esperados sejam alcançados.⁴⁷

Aludido princípio parece ser, na verdade, um aspecto de outro mais abrangente, tratado no Direito italiano, qual seja, o princípio da

Baeta (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.416/417.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 354-355.

⁴⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 1224.

⁴⁷ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 898.

“boa administração”. Este, nas palavras de Guido Falzone, requer que as atividades administrativas devem ser executadas “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto”.⁴⁸

É importante consignar que o princípio da eficiência não pode ser visto como forma de abrandar o princípio da legalidade, mas sim dar uma nova interpretação a este, requerendo, agora, uma legalidade material, de resultados efetivamente alcançados, e não meramente uma legalidade formal.⁴⁹

O referido princípio, quando aplicado dentro das balizas constitucionais, não apresenta riscos para os direitos e garantias individuais, muito pelo contrário, surge como instrumento de controle da Administração, que além de estar vinculada ao princípio da legalidade, passa também a se submeter ao da eficiência.⁵⁰

A questão sobre a definição da autoridade que deve tomar ciência do fato supostamente infracional (§1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/1990) para iniciar o prazo prescricional do processo administrativo disciplinar apresenta estreita relação com o princípio da eficiência.

Isso porque o processo administrativo disciplinar deve ser visto sob a ótica do mencionado princípio, evitando um prolongamento desnecessário e buscando um resultado justo. A manifestação da Administração deve ser de forma correta e também com a celeridade devida, sem colocar em risco, entretanto, os direitos e garantias dos envolvidos. Desta forma, um processo administrativo demasiadamente longo fere o princípio da eficiência.⁵¹

O mencionado princípio deve ampliar as garantias inerentes à relação processual administrativa, além de viabilizar um desenvolvimento célere do processo.⁵²

O processo administrativo disciplinar, que tem como uma de suas consequências a aplicação de sanção disciplinar, visa a regrar a vida em

⁴⁸ FALZONE, Guido (1953), apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 122.

⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público* RBDP Belo Horizonte, n. 4, ano 2 Jan./mar. 2004. p. 2. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=12549>>. Acesso em: 24 jul. 2013.

⁵⁰ CHICÓSKI, Davi. O Princípio da Eficiência e o Procedimento Administrativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C* Belo Horizonte, n. 18, ano 4 Outubro / Dezembro 2004. p. 11. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=12692>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

⁵¹ FORTINI, Cristiana. Processo administrativo disciplinar no Estado Democrático de Direito: o devido processo legal material, o princípio da eficiência e a Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=82393>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

⁵² CHICÓSKI, Davi. O Princípio da Eficiência e o Procedimento Administrativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, n. 18, ano 4, out./dez. 2004. p. 11/12. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=12692>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

sociedade e organizá-la para alcançar um bom convívio de todos, isto é, atingir a paz social.⁵³

No entanto, ao penitenciar um servidor após um longo espaço de tempo desde o cometimento da infração, a reprimenda não alcançaria seus fins de assegurar a ordem administrativa.

Dessa feita, uma demora exacerbada para finalizar um processo disciplinar, representa um ato de distanciamento do princípio da eficiência, uma vez que não é o método mais adequado para atingir o fim desejado. Além disso, de certa forma, demonstra que a Administração não envidou os esforços necessários para a boa condução do processo.

Por isso, tal atitude não deve ser aceita em um Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus princípios constitucionais a eficiência, de modo que a definição sobre a autoridade competente para tomar ciência do ato supostamente infracional não deve tender simplesmente para o interesse estatal, mas respeitar, dentre outros, o princípio da eficiência.

2 A INDEFINIÇÃO DO MARCO PRESCRICIONAL PREVISTO NO §1º DO ART. 142 DA LEI N° 8.112/1990 E AS POSIÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL, JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DOUTRINA SOBRE O TEMA

2.1 A falta de clara identificação do dies a quo da contagem prescricional na Lei nº 8.112/90

A prescrição, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é o “instituto concebido em favor da estabilidade e segurança jurídica”⁵⁴. Acolhendo entendimento de Câmara Leal, o mesmo autor afirma ainda que se trata da “perda da ação judicial, vale dizer, do meio de defesa de uma pretensão jurídica, pela exaustão do prazo legalmente previsto para utilizá-la”⁵⁵.

Na esfera do direito público, em especial no direito punitivo, o instituto da prescrição finca suas bases, sua razão de existir, na necessidade social de não prolongar indefinidamente a pretensão punitiva Estatal, visto que desta forma a punição não apresentaria mais utilidade em razão do lapso temporal transcorrido, tornando a punição ilegítima.⁵⁶

O ordenamento jurídico pátrio adotou a prescrição como regra, em atenção ao princípio da segurança jurídica, estabelecendo prazos fixos para o exercício do direito de ação. Para o plano da imprescritibilidade, restaram as hipóteses previstas expressamente pelo constituinte, como as ações de resarcimento ao erário em razão

⁵³ MELLO, op. cit., p. 836.

⁵⁴ Ibid., p. 1025.

⁵⁵ LEAL, Câmara apud MELLO, op. cit., p. 1025.

⁵⁶ COSTA, José Armando da. *Controle judicial do ato disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 106

de danos derivados de ilícitos praticados por servidores ou qualquer outra pessoa (art. 37, §5º, da CF).⁵⁷

A definição do *dies a quo* é uma das questões mais tormentosas relacionadas ao complexo instituto da prescrição. O Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União (Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990) estipulou que o início da contagem do prazo prescricional da ação disciplinar coincide com a data em que o suposto ato infracional torna-se conhecido (art. 142, §1º, da Lei nº 8.112/90).

Ao dispor desta maneira, a mencionada lei não foi clara e precisa o suficiente para indicar o momento exato em que o prazo prescricional se inicia. Isto porque restou indeterminada a autoridade investida na competência para tomar conhecimento do suposto ato infracional, e assim fazer iniciar a contagem do prazo prescricional.

Nesse sentido, diante das muitas possibilidades de interpretação da norma supramencionada, surgiram diversas teses sobre o assunto, demonstrando a dificuldade de atingir um consenso entre a doutrina, a Administração Pública e a Jurisprudência, aqui destacada de forma ilustrativa a proveniente do Superior Tribunal de Justiça, dado o seu papel de uniformização da jurisprudência sobre o direito no nível infraconstitucional.

Portanto, a imprecisão normativa em comento parece exigir um exercício de interpretação para viabilizar sua devida aplicação, sem prejuízo de uma futura revisão legislativa, que surge como uma forma de diminuir as demandas judiciais, além de buscar uma maior segurança jurídica.

2.2 Interpretação da Administração Pública Federal sobre o *dies a quo* da contagem prescricional

A Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer nº GQ – 55⁵⁸, aprovado pelo Presidente da República, que vincula todos os órgãos e entidades da Administração Federal (arts. 40 e 41 da LC 73/93)⁵⁹, dentre

⁵⁷ CRUZ, Célio Rodrigues da. *Texto-base: Infrações e sanções administrativas*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. p. 43. (Pós-Graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/course/view.php?id=18>>. Acesso em: 12 ago.2013.

⁵⁸ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Parecer nº GQ – 55*. Brasília, 1995. Publicado na íntegra no DO de 2/2/95, p. 1398/1402.

⁵⁹ Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

outras questões, apreciou a matéria sobre o *dies a quo* da contagem prescricional.

Referido parecer aprovou o Parecer nº AGU/WM-01/95, o qual dispõe que o § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 não admite tergiversações em relação ao marco do início do prazo prescricional no Processo Administrativo Disciplinar, começando a ser contado apenas a ciência do fato pela autoridade administrativa competente para instaurar o processo. Segue parte do referido parecer:

19. A inéria da Administração somente é suscetível de se configurar em *tendo conhecimento da falta disciplinar a autoridade administrativa competente para instaurar o processo*. Considerar-se a data da prática da infração como de início do curso do lapso temporal, independentemente do seu conhecimento pela Administração, sob a alegação de que a aplicação dos recursos públicos são objeto de auditagens permanentes, beneficiaria o servidor faltoso, que se cerca de cuidados para manter recôndita sua atuação anti-social, viabilizando a manutenção do proveito ilícito e a impunidade, bem assim não guardaria conformidade com a assertiva de que a prescrição viria inibir o Estado no exercício do poder-dever de restabelecer a ordem social, porque omissão no apuratório e apenação.⁶⁰(grifo nosso).

Conforme justificado na transcrição acima, considerar a data da prática da infração, e não o dia em que a autoridade competente para instaurar o processo administrativo tomou conhecimento do fato, para definição do *dies a quo* do prazo prescricional, beneficiaria o servidor infrator que atua de forma a manter oculta sua prática anti-social para resguardar a impunidade.

A Controladoria-Geral da União assevera, em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar, que, considerando que a autoridade competente só pode tomar alguma providência a partir do momento em que tem ciência da irregularidade, o prazo prescricional se inicia quando a Administração Pública, em sua esfera disciplinar, toma conhecimento do ato infracional e não da data do cometimento da infração.⁶¹

A CGU vai além, afirmando que, para saber quem é a autoridade específica que deverá tomar conhecimento do ato infracional, deve ser considerado que o instituto da prescrição visa a propiciar segurança

60 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Parecer nº GQ – 55*. Brasília, 1995. Publicado na íntegra no DO de 2/2/95. p. 1398/1402.

61 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília, 2013. p. 388. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.

jurídica. Além disso, pretende punir a conduta passiva da Administração que, conchedora do ato infracional, não toma as providências necessárias para apurar a suposta irregularidade e eventualmente punir os servidores.⁶²

Consta também no referido manual que o art. 143 da Lei nº 8.112/90 previu a obrigação, para certos gestores, de instaurar PAD ou sindicância quando tomam conhecimento de irregularidade. Nessa linha de raciocínio, afirma que, se o legislador estabeleceu tal obrigação e também previu a prescrição, a autoridade competente para tomar conhecimento da infração e, consequentemente, deflagrar a contagem do prazo prescricional só pode ser aquela que tem poderes para instaurar o PAD.⁶³

Não obstante, a CGU conclui que a autoridade máxima do órgão a que pertence o servidor infrator também deve ser considerada para a deflagração do prazo prescricional, uma vez que tem poderes para dar andamento ao apuratório, nos seguintes termos:

Em resumo, temos que o conhecimento da irregularidade pela autoridade máxima do Órgão faz com que se inicie a contagem do prazo prescricional. De igual maneira, a autoridade máxima da repartição onde o servidor faltoso está lotado e cometeu o ato infracional tem poderes para dar andamento ao apuratório, ainda que não tenha competência regimental para instaurar o procedimento. Esse entendimento decorre da via hierárquica e, desta forma, a sua ciência já implica na deflagração do lapso prescricional.⁶⁴

Importante registrar que o entendimento acima exposto, embora tenha sido firmado após a publicação do Parecer GQ-55, não é o entendimento que prevalece na Administração Pública Federal, mas sim o exposto no referido parecer, visto que foi aprovado pelo Presidente da República, vinculando todos os órgãos e entidades da Administração Federal.

A interpretação da Administração Pública Federal, no sentido de que o prazo prescricional só começa a ser contado a partir da ciência do fato pela autoridade administrativa competente para instaurar

⁶² CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília. 2013. p. 392. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.

⁶³ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília. 2013. p. 392. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.

⁶⁴ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília. 2013. p. 392. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.

o processo administrativo disciplinar ou a sindicância, acarreta na prática, muitas vezes, a sujeição de servidores públicos por muitos anos ao poder sancionador do Estado.

Referida orientação privilegia o interesse da Administração, de cumprir seu mister sancionador frente às infrações cometidas pelos seus servidores, independente do tempo que possa levar para iniciar a apuração, o que pode significar até décadas. Considerando que, no atual paradigma constitucional, não se busca dissociar de forma absoluta interesses públicos e privados, tal orientação, na verdade, não alcança o interesse público.

Esse lapso temporal demasiadamente longo pode restringir sobremaneira direitos fundamentais, como o da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88). Outrossim, tem o potencial de afastar a estabilidade social, dissociando-se do princípio da segurança jurídica, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Além disso, o processo administrativo disciplinar deve ser conduzido à luz do princípio da eficiência, isto é, sem prolongamentos desnecessários e buscando um resultado justo. A manifestação da Administração deve ocorrer no menor espaço de tempo e de forma correta, preservando, sobretudo, os direitos e garantias dos envolvidos.⁶⁵

Sendo assim, a forma como a Administração Federal interpretou o art. 142, §1º, da Lei nº 8.112/90 não conferiu a importância devida ao princípio da eficiência, visto que o tempo que a autoridade competente para instaurar processo disciplinar leva para tomar ciência da suposta infração, que muitas vezes é a autoridade máxima do órgão, pode acarretar um trâmite demasiadamente longo.

Dessa forma, entende-se aqui que a posição adotada pela Administração Pública Federal pode acabar restringindo direitos e garantias individuais, o que exige uma melhor adequação desse posicionamento, para que esteja mais alinhado aos princípios constitucionais acima mencionados.

2.3 Interpretação do Superior Tribunal de Justiça sobre o dies a quo da contagem prescricional

É relevante consignar que o Superior Tribunal de Justiça é a Corte responsável por dar a última palavra em questões relativas à

⁶⁵ FORTINI, Cristiana. *Processo administrativo disciplinar no Estado Democrático de Direito: o devido processo legal material, o princípio da eficiência e a Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, set./dez. 2012. p. 5. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=82393>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

interpretação da legislação federal infraconstitucional, conforme dispõe o art. 105, III, “a” e “c” da Carta Magna.

Além disso, merece ser destacado que, ao longo de vários anos, a referida Corte de Justiça foi alterando seu posicionamento acerca do tema ora tratado, conforme exposto adiante.

Assim é que, em decisão proferida no MS 11974/DF⁶⁶, no ano de 2007, o STJ afastou o entendimento defendido pela Advocacia-Geral da União no Parecer GQ-55, de 30/01/1995, de que o prazo prescricional só começaria a fluir quando a autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar toma conhecimento do fato.

A relatora, Ministra Laurita Vaz, entendeu que referida interpretação geraria insegurança jurídica para o servidor público. Asseverou, ainda, que, diante do que dispõe o parágrafo único do art. 142 da Lei n.º 8.112/90, a norma não delimita quem seria a autoridade responsável por tomar conhecimento do ilícito administrativo, não cabendo ao intérprete restringir o que o legislador não fez. Por tais razões, considerou a conclusão do parecer da AGU equivocada.⁶⁷

Afirmou ainda a Ministra que o prazo prescricional começaria a correr da data em que qualquer autoridade da Administração tomasse conhecimento do ato infracional e não exclusivamente a autoridade competente para a instauração do processo administrativo disciplinar.⁶⁸

De modo diverso, em agosto de 2010, a Terceira Seção do STJ entendeu que “somente com a ciência da autoridade competente para instauração do procedimento administrativo disciplinar começa a fluir o prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva da Administração”.⁶⁹

66 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 11974/DF*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 28 de março de 2007, DJ de 07/05/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=11974&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 18 out. 2013.

67 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 11974/DF*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 28 de março de 2007, DJ de 07/05/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2959178&sReg=200601337891&sData=20070507&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 18 out. 2013. Nesse julgado, a segurança foi concedida para, reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da administração, declarar nula a portaria do Ministério do Desenvolvimento Agrário que havia determinado a cassação da aposentadoria do impetrante.

68 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 11974/DF*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 28 de março de 2007, DJ de 07/05/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2959178&sReg=200601337891&sData=20070507&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 18 out. 2013.

69 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 13933/DF*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, Brasília, DF, 25 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=13933&b=ACOR&thesaurus=JURIDI_COF>. Acesso em: 21 out. 2013.

Já em dezembro de 2010, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no Mandado de Segurança nº 14446/DF⁷⁰, no ponto referente ao início do prazo prescricional da Ação Disciplinar, que ele seria deflagrado com o conhecimento do ato infracional pela Administração e não especificamente pela autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar.

Referido julgamento acrescentou, porém, a exigência de que somente será considerada autoridade, para os fins de tomar conhecimento do ato, “quem estiver investido de poder decisório na estrutura da administração Pública, ou seja, o integrante da hierarquia superior da Administração Pública”.⁷¹

Em novo julgamento, no Mandado de Segurança nº 14159/DF, em agosto de 2011, o STJ sustentou este posicionamento, conforme se infere nos seguintes trechos do acórdão:

3. A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional da Ação Disciplinar é a data em que o fato se tornou conhecido da Administração, mas não necessariamente por aquela autoridade específica competente para a instauração do Processo Administrativo Disciplinar (art. 142, § 1º da Lei 8.112/90). Precedentes.

4. Qualquer autoridade administrativa que tiver ciência da ocorrência de infração no Serviço Público tem o dever de proceder à apuração do ilícito ou comunicar imediatamente à autoridade competente para promovê-la, sob pena de incidir no delito de condescendência criminosa (art. 143 da Lei 8.112/90); considera-se autoridade, para os efeitos dessa orientação, somente quem estiver investido de poder decisório na estrutura administrativa, ou seja, o integrante da hierarquia superior da Administração Pública. Ressalva do ponto de vista do relator quanto à essa exigência.⁷²

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 14446/DF*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 13 de dezembro de 2010, DJe de 15/02/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=14446&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 18 out. 2013.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 14446/DF*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 13 de dezembro de 2010, DJe de 15/02/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=14446&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 18 out. 2013.

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 14159/DF*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 24 de agosto de 2011, DJe de 10/02/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=14159&b=ACO&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 19 out. 2013.

Alguns meses após, em novembro de 2011, no julgamento do MS nº 16567/DF⁷³ o Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento, definindo, conforme já havia feito outrora, que a autoridade competente para tomar ciência da infração no serviço público seria especificamente aquela competente para instaurar o processo administrativo disciplinar.

Importante registrar que a indigitada mudança de entendimento sobreveio, aparentemente, sem maiores fundamentações, tendo o Ministro relator Mauro Campbell Marques afirmado em seu voto apenas que o termo inicial da prescrição, à luz do que dispõe a Lei nº 8.112/90, deve ser considerado como a data em que a autoridade competente para instaurar o PAD tem ciência do fato (art. 142, § 1º)⁷⁴.

Esse posicionamento foi mantido em outras oportunidades, como, por exemplo, nos julgamentos do MS nº 17456/DF⁷⁵ e MS nº 14336/DF⁷⁶.

Em decisão posterior, datada de 27/02/2013, no MS nº 13926/DF, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o “lapso prescricional começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido pela autoridade, assim considerada aquela que detém parcela de poder decisório na estrutura administrativa estatal, estando apta a deflagrar o procedimento disciplinar”⁷⁷.

Mencionada Corte, na mesma data, porém na Primeira Seção, decidiu no AgRg no MS nº 19488/DF que o termo inicial da prescrição de que trata o art. 142, §1º da Lei nº 8.112/90 é a data em que o fato se tornou conhecido pela autoridade competente para instaurar o PAD⁷⁸. Dessa forma, decidiu

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 16567/DF*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, Brasília, DF, julgado em 09 de novembro de 2011. DJe de 18/11/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=16567&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 19 out. 2013.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 16567/DF*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, Brasília, DF, julgado em 09 de novembro de 2011, DJe de 18/11/2011. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=19469&sReg=201100801789&sData=20111118&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 19 out. 2013.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 17456/DF*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, Brasília, DF, julgado em 14 de novembro de 2012. DJe de 20/11/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=17456&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 21 out. 2013.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 14336/DF*, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 10 de outubro de 2012, DJe de 17/10/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=14336&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 21 out. 2013.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 13926/DF*, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 27 de fevereiro de 2013. DJe de 24/04/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=13926&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 out. 2013.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no MS 19488 /DF*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, Brasília, DF, julgado em 27 de fevereiro de 2013. DJe de 06/03/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=13926&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 out. 2013.

de forma mais precisa sobre quem seria a autoridade. Tal entendimento foi seguido em decisões subsequentes⁷⁹⁸⁰ e prevalece atualmente.

Apresenta manifesta relevância o fato de que a Primeira Seção do STJ, que é composta pelos ministros da Primeira e Segunda Turmas, atualmente é a competente para processar e julgar os feitos relativos a servidores públicos civis, conforme dispõem o art. 2º, §4º⁸¹ e o art. 9º, §1º, XI⁸², ambos do Regimento Interno da citada Corte. Dessa forma, pelo menos por enquanto, pode-se considerar que a matéria está pacificada no âmbito do STJ nesse sentido.

Conforme se denota, o Superior Tribunal de Justiça, no decorrer dos anos, apresentou alguns posicionamentos diversos sobre a interpretação do art. 142, §1º, da Lei nº 8.112/90, algumas vezes retomando interpretações anteriores. Vale rever aqui as principais correntes interpretativas, a saber:

- i) o prazo prescricional é deflagrado com a ciência do ato infracional por qualquer autoridade da Administração;
- ii) a contagem do prazo prescricional se inicia com a ciência da autoridade investida de poder decisório na estrutura da Administração Pública, ou seja, aquela integrante da hierarquia superior;
- iii) o prazo prescricional tem seu início quando a autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar tem ciência do ato infracional.

Observa-se que a primeira interpretação apresenta uma indefinição quanto à pessoa a ser considerada autoridade, não contribuindo, assim, para solucionar a indefinição posta pelo art. 142, §1º da Lei nº 8.112/90.

79 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *MS 12085/DF*, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 08 de maio de 2013, DJe de 07/06/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=12085&bb=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

80 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no MS 17873/DF*, Rel. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, Brasília, DF, julgado em 28 de agosto de 2013, DJe de 09/09/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=17873&bb=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

81 Art. 2º O Tribunal funciona:

[...]

§ 4º As Seções compreendem seis Turmas, constituídas de cinco Ministros cada uma. A Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção; e a Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira Seção. O Ministro mais antigo integrante da Turma é o seu presidente, observada a disposição do parágrafo anterior quanto à periodicidade.

82 Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa.

§ 1º À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a:

[...]

XI - servidores públicos civis e militares;

Este entendimento não se coaduna com o princípio da segurança jurídica, que visa a atingir a estabilidade jurídica. Isto porque, nos procedimentos disciplinares, permaneceria a insegurança para os servidores públicos sobre a determinação da autoridade mencionada no art. 142,§1º, da Lei nº 8.112/90. A definição, em razão da abstração do conceito de autoridade, poderia recair sobre diversas pessoas, dependendo do entendimento de quem vai julgar o processo administrativo disciplinar.

A segunda interpretação dada pelo STJ surge como uma tentativa de delimitar melhor quem seria a autoridade referida no §1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90. Contudo, ao dizer que será considerada autoridade quem *estiver investido de poder decisório na estrutura administrativa, ou seja, o integrante da hierarquia superior da Administração Pública*, não soluciona de forma adequada a questão, pois dessa interpretação surgem algumas indagações: como definir quem tem poder decisório? Considera-se poder de decidir especificamente o que? Quem seria a pessoa integrante da hierarquia superior da Administração Pública?

Portanto, esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça também não parece contribuir para o alcance da segurança jurídica esperada, pois permaneceu a indefinição da autoridade a ser declarada competente para tomar ciência do ato infracional.

A última interpretação dada pelo STJ, embora tenha delimitado de forma mais precisa a autoridade competente para tomar ciência do fato, não parece resolver a questão de forma a alcançar um adequado nível de segurança jurídica, princípio este tão valorizado no atual paradigma constitucional. Além disso, acaba por restringir direitos fundamentais, da mesma forma como ocorre com a interpretação dada pela Administração Pública Federal sobre o *dies a quo* da contagem prescricional.

Assim, entende-se que as soluções oferecidas pelas correntes jurisprudenciais do STJ aqui expostas não apresentam o nível de adequação que se espera para uma efetiva observância dos parâmetros ligados à preservação dos direitos fundamentais e da segurança jurídica.

2.4 Interpretação da doutrina sobre o dies a quo da contagem prescricional

Alguns manuais clássicos de Direito Administrativo nem mesmo dispuseram sobre este tema tão específico.⁸³ Já a literatura jurídica que tratou deste complexo tema não se mostrou uníssona.

José Armando da Costa advoga a ideia de que todos os servidores da repartição em que o autor da eventual infração disciplinar estiver lotado são considerados autoridades para efeito de deflagrar o prazo

⁸³ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

prescricional da pretensão punitiva da Administração. E, para justificar seu posicionamento, afirma que todos esses servidores têm o dever de levar o fato ao conhecimento da autoridade competente (art. 116, VI da Lei nº 8.112/90) e, por tal razão, a partir daí a informação encontra-se acessível a esta.⁸⁴

José Armando afirma, ainda, que as normas não são dispersas, pois formam uma unidade sistêmica e interativa, o que possibilita ao direito alcançar seus objetivos pré-traçados. Por isso, a norma que dispõe que o prazo prescricional tem início com a ciência da autoridade competente (art. 142, §1º da Lei nº 8.112/90) deve ser interpretada em conjunto com a norma que dispõe que o servidor incompetente deve dar ciência do fato à autoridade competente (art. 116, VI da Lei nº 8.112/90).⁸⁵

Com isso, ele critica a posição da Advocacia-Geral da União e dos que defendem que o prazo prescricional tem seu início somente com o conhecimento da autoridade competente para instaurar o PAD, afirmindo inclusive que tal postura faz com que perca sentido o dever legal de levar à autoridade competente o conhecimento do fato.⁸⁶

Assevera também que a contagem do prazo é deflagrada quando qualquer servidor toma ciência da infração, em razão da existência do crime de condescendência criminosa, previsto no art. 320 do Código Penal como o ato de “deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente”.⁸⁷

Afirma, ainda, que o Parecer GQ-55 da Advocacia-Geral da União, se levado às últimas consequências, significaria a derrogação do supramencionado tipo penal.⁸⁸

Elody Nassar, por sua vez, discorda do posicionamento segundo o qual o §1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 estabelece, como o início do prazo prescricional, a data do conhecimento do fato jurídico investigado.⁸⁹ Para ela, deve ser considerada como marco inicial a data do fato, segundo o que determina o Código Penal, no art. 111, I.⁹⁰

Acompanha esse entendimento José Cretella Júnior, segundo o qual é necessário “dar às disposições estatutárias pertinentes interpretação

⁸⁴ COSTA, José Armando da. *Prescrição disciplinar*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 179/180.

⁸⁵ Ibid., p.180.

⁸⁶ Ibid., p. 181.

⁸⁷ Ibid., p. 182.

⁸⁸ Ibid., p. 182.

⁸⁹ NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 215.

⁹⁰ Ibid ., p. 216.

extensiva, a fim de que o agente beneficie-se com as regras penais da prescrição ‘a partir do fato’ e jamais ‘a partir da ciência do fato’”.⁹¹

Isto porque, caso assim não fosse, aconteceria a incoerência de um servidor que comete crime contra a administração pública ser favorecido pela lei penal, enquanto quem comete ilícito administrativo ser submetido a um maior rigor da regra estatutária no que concerne à prescrição, ainda que ambos os atos estejam sujeitos a mesma pena (demissão).⁹²

Referido autor afirma ser um absurdo o disposto no art. 142, §1º, da Lei nº 8.112/90, que dispõe que a prescrição começa a correr da data em que o fato se torna conhecido.⁹³ Isto porque o servidor pode ficar submetido ao poder sancionador da Administração por diversos anos, caso a autoridade competente demore demasiadamente para tomar ciência do fato.⁹⁴

Conclui Cretella Júnior que o *dies a quo* deve ser fixado como sendo a data do fato. Justifica tal escolha em razão de que o tempo tem o condão de destruir o quadro fático e dissolver as circunstâncias presentes à época do fato, enfraquecendo as provas, em especial as testemunhais.⁹⁵

Mauro Roberto Gomes de Mattos apresenta o mesmo posicionamento. Para ele, não é admissível que o §1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 estabeleça que a deflagração do prazo prescricional ocorra a partir do conhecimento do fato. Referido autor defende que seria ilegal interpretar dessa forma, sendo o marco inicial o dia em que o ato foi praticado pelo servidor público, uma vez que, como representante do poder público, a partir da prática dos atos eles produzem efeitos jurídicos.⁹⁶

Já Celso Antônio Bandeira de Mello defende a ideia de que o início da contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração é a data em que a infração se tornou conhecida, sem definir, entretanto, quem seria a autoridade competente para tomar ciência do fato.⁹⁷

Renato Luiz Mello reconhece que, no sistema brasileiro, diante do que dispõe a legislação federal, é incontestável que a contagem do prazo prescricional tem seu início a partir do momento que a falta disciplinar tornou-se conhecida.⁹⁸

⁹¹ JÚNIOR, José Cretella. *Revista do Tribunais*, v. 544, p. 12, apud NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 218.

⁹² Ibid., p. 218.

⁹³ JÚNIOR, José Cretella. *Prática do Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2011. p. 129.

⁹⁴ Ibid., p. 130.

⁹⁵ Ibid., p. 130.

⁹⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Prescrição do processo disciplinar começa a fluir da data do fato investigado - crônica aberta ao §1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90. *AGC Revista de direito Administrativo e constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 21, p. 33-58, jul./set. 2005. Disponível em: <HTTP://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdICntd=31123>. Acesso em: 13 ago. 2013.

⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 319.

⁹⁸ VAROTO, Renato Luiz Mello. *Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 183.

No entanto, este autor compartilha do mesmo posicionamento de Elody Nassar, afirmando, inclusive, que o legislador comete o pecado de punir mais severamente o servidor que comete falta administrativa que o que pratica crime.⁹⁹

Conclui afirmando que, dessa forma, ou seja, seguindo o que prevê o Código Penal, é possível eliminar as subjetividades que possam influenciar na contagem do prazo prescricional, possibilitando, assim, a adequada aplicação do instituto da prescrição. Defende ainda que é preferível verificar a impunidade a correr o risco de ver a estabilidade social afetada, o que comprometeria a adequada prestação do serviço público.¹⁰⁰

Interpretando de forma diversa, Francisco Xavier da Silva Guimarães defende que a prescrição só se caracteriza a partir da ciência da falta disciplinar por parte da autoridade competente para instaurar o processo.¹⁰¹

Odete Medauar cita que nos estatutos mais antigos a contagem do prazo prescricional encontra seu início na data em que a autoridade tiver ciência do fato, sem definir quem seria a referida autoridade, enquanto que nos estatutos mais atuais fixa o início da contagem do prazo na data do fato.¹⁰²

Hely Lopes Meirelles, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho não se posicionaram especificamente sobre o assunto pertinente ao início da contagem do prazo prescricional em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, apenas citando em nota de rodapé a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no MS 14.446, decisão esta já mencionada anteriormente.¹⁰³

Portanto, como visto, a doutrina apresenta diversas posições sobre a interpretação do art. 142, §1º, da Lei nº 8.112/90, podendo ser citadas como exemplos:

- i) todos os servidores da repartição em que o autor da eventual infração disciplinar estiver lotado são considerados autoridades, para efeito de deflagrar o prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração;
- ii) deve ser considerada como marco inicial da prescrição a data do fato, seguindo o que determina o Código Penal;

99 VAROTO, op. cit., p. 184.

100 Ibid., p. 188.

101 GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva (1998), apud, COSTA, José Armando da. *Prescrição disciplinar*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 183.

102 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 350.

103 MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle Filho. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 759.

- iii) o prazo prescricional tem seu início quando a autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar tem ciência do ato infracional.

Contudo, a interpretação apresentada por José Armando da Costa, isto é, de que seriam competentes todos os servidores da repartição em que o autor da eventual infração disciplinar estiver lotado, distancia-se da ideia de supremacia do interesse público defendida no atual paradigma constitucional.

É certo que o servidor tem a obrigação de levar ao conhecimento da autoridade competente as irregularidades de que tiver ciência (art. 116, VI da Lei nº 8.112/90). No entanto, não é possível concordar com a justificativa de que defender a tese de que o início do prazo prescricional se dá somente com o conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o PAD tira a razão de ser do dever insculpido no art. 116, VI da Lei nº 8.112/90.

Da mesma maneira, não pode ser aceita a afirmação de que o início do prazo prescricional se dá quando qualquer servidor da repartição em que está lotado o infrator toma ciência do ato, em razão da existência do crime de condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal).

O fato de o servidor não cumprir os deveres impostos na Lei nº 8.112/90 e praticar atos tipificados no Código Penal tem o condão de submetê-lo às sanções administrativas e penais, mas não de influenciar na interpretação do §1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, que trata do início do prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração.

Importante consignar que não se pode afastar totalmente o interesse da Administração em punir o servidor infrator, o que acabaria acontecendo se prevalecesse a tese em comento. Isto porque não é razoável exigir, por exemplo, que um subordinado denuncie uma infração cometida por seu chefe à autoridade competente. O receio de retaliações inibiria a grande maioria dos servidores de representar contra eventuais ilícitos cometidos.

A segunda posição apresentada pela doutrina, ou seja, de que o marco inicial da prescrição é a data do fato, segundo o que determina o Código Penal, também não se coaduna com o disposto no §1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90.

O referido dispositivo, ainda que impreciso em sua integralidade, por não definir quem seria a autoridade competente, é claro ao dispor que o início do prazo tem seu marco somente na data do conhecimento do fato. Destarte, a posição defendida pela segunda corrente só seria possível através de mudança legislativa.

Além disso, importante mencionar que diversas transgressões, cuja natureza impeça ou dificulte o conhecimento imediato, deixariam de ser punidas, prejudicando sobremaneira os interesses da Administração nessas situações.

Ainda contra a segunda corrente, cabe consignar que deve haver uma interpretação restritiva e não extensiva em relação às normas penais no que tange ao início do prazo prescricional das penalidades administrativas¹⁰⁴, uma vez que não há que se fazer comparações qualitativas entre ilícitos penais e administrativos disciplinares, em razão de pertencerem a gêneros diferentes¹⁰⁵.

Além disso, “a punição disciplinar e a criminal têm fundamentos diversos, e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau; é de substância”.¹⁰⁶

Já a interpretação no sentido de que o prazo prescricional tem seu início quando a autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar tem ciência do ato infracional pode acabar restringindo direitos e garantias individuais, conforme apontado anteriormente.

Deste modo, percebe-se que as posições defendidas pela doutrina aqui divulgadas, do mesmo modo que a jurisprudência do STJ, também não se conformam com as balizas impostas pelos direitos fundamentais e pela segurança jurídica.

Dito isto, como solucionar, em definitivo, a questão do início da contagem do prazo prescricional à luz dos princípios constitucionais e preservando os direitos e garantias fundamentais?

3 PROPOSIÇÕES PARA UMA DEFINIÇÃO MAIS PRECISA SOBRE O DIES A QUO NA CONTAGEM PRESCRICIONAL PREVISTA NO ART. 142, §1º DA LEI N° 8.112/90

É certo que o Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União estipulou que o início da contagem do prazo prescricional da ação disciplinar coincide com a data em que o suposto ato infracional torna-se conhecido (art. 142, §1º, da Lei nº 8.112/90).

Entretanto, mencionado normativo não foi claro e preciso o suficiente para indicar o momento exato em que essa contagem se inicia, pois restou indeterminada a autoridade investida na competência para tomar conhecimento do suposto ato infracional e, assim, disparar o prazo prescricional.

Diante dessa indeterminação, diversas posições e interpretações são apresentadas para solucionar a questão.

¹⁰⁴ NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155.

¹⁰⁵ BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. (1969) apud NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 154-155.

¹⁰⁶ ZANOBINI, Guido; BITTENCOURT, Lúcio; OLIVEIRA, Gonçalves de; JÈZE, Gaston (1949); DUEZ, Paul; DEBEYRE, Guy (1952); LAUBADÈRE, André de (1953) apud MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Décio Balesteri; FILHO, José Emmanuel Burle Filho. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 133.

3.1 Definição da autoridade competente para tomar ciência do suposto ato infracional e, em consequência, precisar o dies a quo da contagem prescricional

Não é possível conceber que a Administração, por meio de um processo com duração indefinida, busque de forma indiscriminada satisfazer seu interesse de punir um servidor público que comete infração disciplinar, pois, nesse caso, estariam relegados a segundo plano direitos e garantias fundamentais.

Deve haver, desse modo, um equilíbrio de interesses, de maneira que, para a definição da autoridade competente para dar início ao prazo prescricional no processo administrativo disciplinar, seja preservado o interesse público e não só o da Administração.

Não se pode deixar também de assegurar aos servidores públicos submetidos aos processos administrativos disciplinares e sindicâncias os direitos e garantias fundamentais. É preciso ter em mente que os princípios constitucionais ocupam posição de destaque nesse processo e que a aplicação deles é essencial na definição em questão, de maneira que tanto a Administração como os servidores submetidos a procedimentos disciplinares tenham seus interesses resguardados através de um exercício de ponderação na interpretação desses princípios.

Vale transcrever, por pertinência, interessante pensamento de Rudolf Von Ihering:

O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.¹⁰⁷

A definição que consegue preservar tanto o interesse particular dos servidores públicos como o interesse da Administração, que respeita os princípios constitucionais da proporcionalidade, da segurança jurídica, da eficiência, e que preserva direitos e garantias fundamentais como o da duração razoável do processo administrativo e o princípio da dignidade da pessoa humana, é aquela que interpreta o art. 142, §1º da Lei nº 8.112/90 de forma que a autoridade cognoscente seja qualquer *pessoa que se encontre em posição hierarquicamente superior ao servidor público federal infrator*.

¹⁰⁷ IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret. 2000. p. 27.

Hierarquia conceitua-se como um liame de autoridade que vincula órgãos e agentes, onde existem diversos níveis, começando pelos superiores (onde se encontram os hierarcas) até os inferiores (onde se postam os subalternos).¹⁰⁸ Tal distribuição, por níveis, faz surgir para os servidores uma relação hierárquica entre eles.¹⁰⁹

A hierarquia é peculiar ao poder executivo, que tem como essência a função administrativa. Entretanto, pode ser encontrada também nos demais Poderes (legislativo e judiciário), na medida em que ambos exercem, ainda que de forma atípica, a função administrativa.¹¹⁰

Os poderes que o superior hierárquico detém agregam uma série de responsabilidades e deveres, que lhe impõem uma “*contínua e permanente* autoridade sobre toda a atividade administrativa dos subordinados” (destaque do autor).¹¹¹ Eles servem para que as atividades nos diversos órgãos da administração pública sejam realizadas de forma organizada e eficiente, sempre em prol do interesse público.¹¹²

Referidos poderes apresentam diversas formas, pois podem corresponder ao poder de dar ordens e fiscalizar o desempenho dos serviços realizados pelos subordinados; poder de revisão e de avocar os atos praticados pelos subalternos, além de punir os infratores que se encontram submetidos ao seu poder de hierarca.¹¹³

Importante registrar que o poder de fiscalizar significa que os superiores hierárquicos exercem vigília constante sobre a atuação de seus subordinados, isto é, os atos praticados por estes devem ser permanentemente fiscalizados para que atendam os ditames legais.¹¹⁴

A hierarquia administrativa é elemento essencial no âmbito do direito administrativo e especialmente no direito administrativo disciplinar.¹¹⁵ Cabe, nesse ponto, tecer uma breve distinção entre poder hierárquico e poder disciplinar, este decorrente de uma supremacia especial¹¹⁶ que o Estado exerce sobre servidores públicos ou pessoas que detêm algum vínculo especial com o Poder Público.

Embora exista um liame muito estreito entre mencionados poderes, o hierárquico serve para distribuir de forma escalonada as funções executivas, enquanto o poder disciplinar tem como escopo controlar a

¹⁰⁸ MELLO, op. cit., p. 150.

¹⁰⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 69.

¹¹⁰ Ibid., p. 71.

¹¹¹ MELLO, op. cit. p. 150.

¹¹² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 133.

¹¹³ MELLO, op. cit., p. 151.

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balesterio; FILHO, José Emmanuel Burle Filho. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 131.

¹¹⁵ JÚNIOR, op. cit., p. 79.

¹¹⁶ Para um estudo mais aprofundado sobre do tema, que é controvérsio na doutrina, consultar: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 811-816.

execução dessas funções e a atuação dos respectivos servidores, almejando a melhor prestação de serviço público.¹¹⁷ No que tange aos “servidores públicos, o poder disciplinar é uma decorrência da hierarquia”¹¹⁸

Impende afirmar que as penas disciplinares devem ser aplicadas quando, constatado o ato infracional, os fatos sejam apurados por meio do devido processo administrativo disciplinar ou sindicância. Tal atitude é obrigatória, pois é um poder-dever do superior hierárquico, inclusive configurando o crime de condescendência criminosa agir de forma diversa.¹¹⁹

Esse tipo penal, previsto no art. 320 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2848/40), é claro sobre mencionada obrigação dos superiores hierárquicos:

Condescendência criminosa

Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, *de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo* ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente:

[...] (grifo nosso)

É necessário esclarecer que esse poder-dever de punir o subordinado é inerente ao superior hierárquico, entretanto, muitas vezes, o chefe imediato não detém competência para tanto, o que lhe impõe a obrigação de notificar a autoridade competente.¹²⁰

É fato que o art. 116, VI da Lei nº 8.112/90¹²¹ impõe a todo servidor a obrigação de representar sobre irregularidades que tiver ciência em razão do cargo que ocupa. No entanto, quando se trata de chefe, ou seja, de superior hierárquico do servidor infrator, a gravidade é maior, o que levou tal conduta a ser prevista inclusive no Código Penal.

A severidade da previsão criminal acima citada é justificada em razão do prejuízo causado pelo cometimento de atos irregulares pelos servidores subordinados, mas, sobretudo, pelo efeito moral nocivo de estimular o cometimento de novas infrações em razão dos superiores hierárquicos tolerarem as irregularidades cometidas.¹²²

¹¹⁷ MEIRELLES; ALEIXO; FILHO, op. cit., p. 132.

¹¹⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 95.

¹¹⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 133.

¹²⁰ Ibid., p. 133-134.

¹²¹ Art.116. São deveres do servidor:

[...]

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 2011)

¹²² MEIRELLES; ALEIXO; FILHO, op. cit., p. 564.

Considerando a estreita ligação existente entre os poderes disciplinar e hierárquico, e que a este é inerente a atribuição de fiscalizar os atos praticados pelos subordinados, a fim corrigi-los em caso de infringirem a legislação e apurar as irregularidades, não é razoável conceber que a partir do conhecimento pelo superior hierárquico não inicie o prazo prescricional que a Administração tem para punir o servidor infrator.

O superior hierárquico tem o poder-dever de apurar a infração ou notificar quem detenha tal atribuição, uma vez que “o poder disciplinar não pode ser exercido sem estar legalmente atribuído”¹²³, razão pela qual, a partir de sua ciência, caso isto não seja feito, restará configurada a inércia da Administração, justificando o início da contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva.

Merece ser destacado que, ao definir que as pessoas que se encontram em posição de superior hierárquico do servidor público federal infrator são competentes para tomar conhecimento do fato (art. 142, §1º da Lei nº 8.112/90), o interesse dos servidores é resguardado, visto que o início da contagem do prazo prescricional não fica refém do conhecimento de uma única autoridade, o que muitas vezes contribui para o prolongamento exacerbado do procedimento disciplinar.

Da mesma maneira, o interesse da Administração é respeitado, pois o superior hierárquico do servidor infrator, ao tomar conhecimento do fato, tem a oportunidade e, sobretudo, o dever legal de iniciar a apuração ou levar ao conhecimento de quem detenha competência para tanto, haja vista o poder de fiscalização do hierarca. Proceder de forma diversa configura a inércia da Administração.

Essa interpretação prestigia, ainda, os direitos e garantias fundamentais, que existem em favor de todos os indivíduos em face do Poder Público, funcionando como meio de amparo aos que se encontram em posição de hipossuficiência em relação ao Estado.

O princípio da proporcionalidade é respeitado na medida em que a definição da autoridade cognoscente – como sendo os superiores hierárquicos do servidor infrator – não pende somente para os interesses da Administração, como quando se considera que a autoridade seria somente aquela competente para instaurar o processo administrativo disciplinar, nem atende exclusivamente os interesses individuais dos servidores, como na definição daqueles que entendem que qualquer servidor da repartição é considerado competente para tomar conhecimento do fato infrator e, consequentemente, dar início à contagem do prazo prescricional.

¹²³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 347.

O princípio da segurança jurídica também é especialmente observado, visto que o quadro de cargos e respectivas chefias é previsto em ordenamentos jurídicos, não havendo espaço para dúvidas em identificar o superior hierárquico do servidor infrator e, por consequência, definir o *dies a quo* da contagem do prazo prescricional.

O princípio da eficiência é igualmente atendido, uma vez que tal definição da autoridade cognoscente prima para que a prestação do serviço estatal de fiscalização e punição de servidores infratores seja mais célere e eficiente, alcançando os objetivos de paz social e constante melhora no desempenho dos serviços prestados.

Por fim, impende consignar que a interpretação do art. 142, §1º da Lei nº 8.112/90), ora defendida, faz com que o prazo entre o cometimento do ato infracional e o fim do processo administrativo se torne mais curto.

Dessa forma, é visível a preservação de direitos fundamentais como o da duração razoável do processo administrativo (art. 5º, LXXVIII da CF/88) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CF/88).

3.2 Os meios pelos quais a autoridade competente é considerada científica da suposta ação infracional

Caso prevalecesse a tese de que o marco inicial da contagem do prazo prescricional é a data do cometimento do ilícito administrativo, não haveria complicações para definir com exatidão o *dies a quo*. No entanto, não foi isso que dispôs a Lei nº 8.112/90.

Soma-se a isso o fato de que referida interpretação não é a que melhor atende aos princípios regentes do Estado Democrático de Direito, conforme já fora aventado anteriormente.

A importância da definição do *dies a quo* da contagem prescricional não se resume à definição da autoridade competente, pois outros aspectos merecem especial atenção, como questões procedimentais.

Na prática, a forma pela qual a pessoa que se encontra na qualidade de superior hierárquico do servidor público federal infrator toma conhecimento do fato supostamente infracional é importante.

Cabe asseverar que a ciência do suposto fato infracional tem que ser evidente, não bastando o conhecimento de documentos padrões nos quais a irregularidade é materializada.¹²⁴

¹²⁴ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília. 2013. p. 390. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.

Importante registrar, ainda, que não é necessária a ciência pessoal para que o prazo prescricional seja deflagrado. Basta, por exemplo, que a notícia da suposta infração seja protocolizada no gabinete da autoridade competente, visto que paira a presunção, na hipótese, de que esta terá conhecimento do fato.¹²⁵

Geralmente, a autoridade competente para instaurar a sindicância e o processo administrativo disciplinar é aquela que ocupa o cargo máximo do órgão, cujas atribuições são inúmeras e altamente relevantes. Dessa forma, é natural que muitos procedimentos sejam executados, em razão de delegação, por seus subordinados, sejam ou não também ocupantes de cargos de chefia.

É comum que uma denúncia chegue ao gabinete dessas autoridades e diligências preliminares sejam tomadas antes de ser elaborado parecer, a ser aprovado por referida autoridade, com a análise sobre a instauração de procedimento disciplinar. Dessa forma, o conhecimento do fato de forma pessoal só ocorre após algum tempo, o que não pode ser justificativa para postergar o início da contagem do prazo prescricional.

No exemplo da Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, quando uma denúncia chega ao gabinete do Procurador-Geral Federal, autoridade que, por força do disposto no inciso VI do §2º do art. 11 da Lei nº 10.480/02, tem competência para instaurar e julgar sindicâncias e processos administrativos disciplinares em face de procuradores federais, o chefe de gabinete, na maioria das vezes, se encarrega de encaminhar o expediente para o setor competente para apurar as infrações disciplinares, que no caso é a Divisão de Assuntos Disciplinares da Procuradoria-Geral Federal. Além disso, em alguns casos, as denúncias aportam diretamente no referido setor.

Ainda se referindo aos procedimentos adotados no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, de posse da mencionada denúncia, a não ser que já constem indícios suficientes do cometimento da infração para a abertura de sindicância ou processo administrativo disciplinar, será instaurada instrução preliminar.

Mencionado procedimento consiste em diligências para obter informações prévias para a análise da autoridade competente, o Procurador-Geral Federal, sobre a necessidade de instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar. Ele é feito independentemente do conhecimento do Procurador-Geral Federal, uma vez que tal atividade é delegada ao Chefe da Divisão de

¹²⁵ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília, 2013. p. 393. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.

Assuntos Disciplinares, nos termos do que dispõem os artigos 2º e 21 da Portaria 400, de 24 de maio de 2011, do Procurador-Geral Federal.¹²⁶

A delegação é um instrumento destinado a descentralizar a prática de atos administrativos, almejando maior celeridade e, por consequência, fazer com que a prestação do serviço público seja mais eficiente.

Desse modo, não é razoável exigir que a autoridade competente para instaurar Sindicâncias e Processos Administrativos Disciplinares tenha ciência pessoal do suposto ato infracional para que o prazo prescricional seja deflagrado.

Assim, chegando a notícia no âmbito de atuação daqueles que agem sob delegação da autoridade competente, é natural que a contagem do prazo tenha seu início, pois presume-se que esta terá conhecimento do fato.

No caso específico da Procuradoria-Geral Federal, após protocolizar a denúncia no gabinete do Procurador-Geral Federal, entende-se que o prazo prescricional foi deflagrado.

Importante notar que existem ainda outras maneira das infrações chegarem ao conhecimento da Administração Pública e que são aptas a darem início à contagem do prazo prescricional no âmbito disciplinar.

É o caso, por exemplo, da notícia sobre a suposta irregularidade vir à tona por meio da imprensa. Nessa hipótese, o conhecimento do fato presume-se que é o dia da divulgação.¹²⁷ É necessário, porém, que o meio de comunicação condutor da notícia seja de ampla divulgação, preferencialmente em âmbito nacional. Isso porque, presume-se que a irregularidade passa a ser do conhecimento de todos, o que inclui, por óbvio, a autoridade competente para deflagrar o prazo prescricional.¹²⁸

¹²⁶ Art. 2º A instrução preliminar é atividade facultativa, de natureza investigativa, instaurada pelo Procurador-Geral Federal, destinada à obtenção dos elementos necessários à formação do juízo de convicção da autoridade competente para a instauração de procedimentos disciplinares.

[...]

Art. 21. Fica delegada a prática dos atos de competência do Procurador-Geral Federal, previstos nesta Portaria, ao Chefe da Divisão de Assuntos Disciplinares do Departamento de Consultoria, exceto os previstos nos arts. 3º, 6º e 19.

¹²⁷ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília. 2013. p. 394. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.

¹²⁸ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília. 2013. p. 394. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.

3.3 Exemplos de outros atos jurídicos normativos sobre a definição do dies a quo da contagem prescricional

Diversos atos normativos adotam sistemas diferentes do previsto na Lei nº 8.112/90 para a definição do *dies a quo* da contagem do prazo prescricional.

A questão em foco não foi tratada no Estatuto anterior (Lei nº 1.711/52). No entanto, o extinto Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, em sua Formulação nº 76, dispôs que “a prescrição, nas infrações disciplinares, começa a correr do dia em que o fato se tornou conhecido”.¹²⁹

Tal formulação foi elaborada fincando suas bases no parecer elaborado pelo Consultor Jurídico do DASP, à época, Caio Tácito, no processo nº 3.323/49,¹³⁰ que assim discorreu:

O poder disciplinar, em que repousa a estabilidade das instituições administrativas, somente se poderá exercer, como é elementar, a partir do momento em que a falta se torne conhecida pela autoridade. Desde que, pelas circunstâncias de fato, a violação do dever funcional se acoberte no sigilo, subtraindo-se ao conhecimento normal da administração, não se configura a noção de inércia no uso do poder disciplinar, que caracteriza a prescrição¹³¹.

O regime jurídico dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal (Lei nº 4.878/65 e Decreto nº 59.310/66) apresenta um sistema misto de definição do início do prazo prescricional.

Tal sistema adota, em regra, a data da consumação da infração disciplinar como marco inicial da contagem prescricional (art. 391 do Decreto nº 59.310/66¹³²). Excepciona, entretanto, as hipóteses de violações que, pela própria natureza, inviabilizem o imediato conhecimento da autoridade competente.¹³³

¹²⁹ RECEITA FEDERAL – CORREGEDORIA GERAL. *Processo Administrativo disciplinar*. Apostila nº 5. Brasília. Julho de 2012. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/guiapad/Outros-Arquivos/RFB-Apostila5PareceresAGUFormulacoesDaspEnunciadosCCC.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2013.

¹³⁰ COSTA, José Armando da. *Prescrição disciplinar*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 95.

¹³¹ Ibid., p. 96.

¹³² Art. 391. O prazo de prescrição contar-se-á da data em que a transgressão se consumou.

§ 1º Nos casos de transgressões permanentes ou continuadas, o prazo de prescrição contar-se-á do dia em que cessou a permanência ou a continuação.

§ 2º Quando ocorrerem comprovadamente circunstâncias que impeçam o imediato conhecimento, pela autoridade competente, da existência da transgressão, o término inicial da prescrição será o dia em que a autoridade dela tomar conhecimento.

¹³³ COSTA, op. cit., p. 94/95.

O município de Pelotas¹³⁴ e os Estados do Rio de Janeiro,¹³⁵ Goiás¹³⁶, Espírito Santo¹³⁷, Pernambuco¹³⁸, Mato Grosso do Sul¹³⁹ e São Paulo¹⁴⁰ apresentam estatutos que definem como *dies a quo* da contagem do prazo prescricional a data da prática da infração disciplinar¹⁴¹.

De modo diverso, o Estatuto dos Funcionários Públicos do município de Porto Alegre (Lei Complementar Municipal 133/85) dispõe, em seu art. 213, §1º, que “o prazo de prescrição contar-se-á da data do conhecimento do ato ou fato por superior hierárquico”.¹⁴²

No mesmo sentido, seguiu o estatuto jurídico dos servidores públicos do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Complementar nº 10.098/94) ao descrever, em seu art. 197, §1º que “o prazo de prescrição começa a fluir a partir da data do conhecimento do fato, por superior hierárquico”.¹⁴³

Já a cidade de Joinville possui um estatuto dos servidores (Lei Complementar nº 266/08) que prevê, em seu art. 180, parágrafo único, I, que o prazo de prescrição começa a correr “desde o dia em que o

134 Lei nº 3008/86

Art. 138 - As faltas prescreverão, contados os prazos a partir da data da infração: [..]

135 Art. 57 - Prescreverá:

§ 2º - O curso da prescrição começa a fluir da data do evento punível disciplinarmente e interrompe-se pela abertura de inquérito administrativo.

136 Art. 322. Prescreve a ação disciplinar, no prazo de: § 1º A contagem do prazo prescricional tem início a partir da data da prática da transgressão e regula-se pela maior sanção em abstrato prevista para a infração cometida, mesmo que a pena efetivamente aplicada tenha sido reduzida, inclusive na hipótese de exclusão da multa.

137 Lei Complementar nº 46

Art. 157. O prazo da prescrição contar-se-á da data da publicação oficial do ato impugnado ou, da data da ciência, pelo interessado, quando não publicado.

[..]

§ 2º. Em se tratando de evento punível, o curso da prescrição começa a fluir da data do referido evento e interrompe-se pela abertura da sindicância ou do processo administrativo-disciplinar.

138 LEI N° 6.123 DE 20 DE JULHO DE 1968.

Art. 209. Prescreverão: [..]

§ 2º O curso da prescrição começa a fluir da data do fato punível disciplinarmente e se interrompe pelo ato que determinar a instauração do inquérito administrativo.

139 LEI N° 1102 DE 10 DE OUTUBRO DE 1990

Art. 240. Prescrever a punibilidade:

[..]

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o ilícito foi praticado.

140 LEI N. 10.261, DE 28 DE OUTUBRO DE 1968

Artigo 261 - Extingue-se a punibilidade pela prescrição:

[..]

§ 1º - A prescrição começa a correr:

I - do dia em que a falta for cometida;

141 VAROTO, Renato Luiz Mello. *Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 185/186 e 188.

142 Ibid., p. 186.

143 Ibid., p. 186.

ilícito se tornou conhecido da autoridade competente para aplicar a punição".¹⁴⁴

Conforme se verifica, há várias soluções possíveis para definir o *dies a quo* da contagem do prazo prescricional no processo administrativo disciplinar. Vale relembrar aqui os principais exemplos:

- i) a prescrição disciplinar começa a correr na data em que o fato se tornou conhecido;
- ii) o marco inicial da contagem prescricional é a data da consumação da infração disciplinar, exceto nas hipóteses em que, pela própria natureza do ato, resta inviabilizado o pronto conhecimento da autoridade competente (sistema misto);
- iii) o *dies a quo* da contagem do prazo prescricional é a data da prática da infração disciplinar;
- iv) inicia-se o cômputo do prazo de prescrição a partir da data do conhecimento do ato ou fato por superior hierárquico;
- v) a contagem do prazo prescricional inicia no dia em que o ilícito se tornou conhecido pela autoridade competente para aplicar a punição.

Não obstante, entende-se que a solução defendida nesse trabalho é a mais adequada no contexto de um Estado Democrático de Direito, pelas razões já expostas.

3.4 Proposta de revisão legislativa

Por tudo que foi delineado anteriormente, a Lei nº 8.112/90, em específico no dispositivo que trata do início do prazo prescricional (§ 1º do art. 142), carece de revisão, a fim de se alcançar uma maior estabilidade, preservando desta maneira o princípio da segurança jurídica. Dessa forma, o escopo do Direito, que é garantir estabilidade social, é alcançado no âmbito do direito disciplinar.

Como sugestão de revisão legislativa, o § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 poderia dispor da seguinte forma:

¹⁴⁴ VAROTO, op. cit., p. 187.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data do conhecimento do fato por qualquer pessoa que se encontre em posição hierarquicamente superior ao servidor infrator.

Dispondo assim, provavelmente se garantirá a segurança jurídica em torno da complexa e importantíssima questão referente ao início do prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado em face de infrações disciplinares cometidas por servidores públicos federais. Além disso, os demais princípios regentes do Estado Democrático de Direito, assim como os direitos e garantias fundamentais dos servidores submetidos a procedimentos disciplinares, poderão ser privilegiados e respeitados.

Portanto, entende-se aqui que a modificação acima proposta tem o condão de sanar a atual omissão legislativa referente à determinação da autoridade competente para tomar conhecimento do fato.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu investigar a imprecisão normativa do §1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, que, ao definir que “o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”, não alcançou o desiderato de delimitar com clareza um marco inicial para a contagem do prazo prescricional nos procedimentos disciplinares, pois não especificou quem seria a autoridade competente para tomar conhecimento do ato infracional.

Esta monografia, considerando a abrangência do contexto no qual se insere a definição da autoridade competente para tomar ciência do ato infracional, na conjuntura de um Estado Democrático de Direito, inicialmente, aborda o tema à luz dos princípios da segurança jurídica, da eficiência e da dignidade da pessoa humana e do novo prisma pelo qual deve ser analisado o interesse público sobre o privado.

Ao seguir as diretrizes estabelecidas por esses referenciais, foi possível constatar que a escolha da autoridade deveria se dar de forma que preservasse não só os interesses individuais dos servidores como também os da Administração. Além disso, esta definição não poderia acarretar uma demora exacerbada do processo administrativo disciplinar.

Em razão da imprecisão normativa, também mereceram especial atenção as interpretações dadas pela Administração Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pela doutrina sobre o §1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90.

Nesse sentido, foi demonstrado que a interpretação da Administração Pública Federal, qual seja, de que o *dies a quo* da contagem do prazo prescricional só começa a partir da ciência do fato pela autoridade administrativa competente para instaurar o processo administrativo disciplinar, pode acabar restringindo direitos e garantias individuais, afastando-se dos princípios constitucionais que regem um Estado Democrático de Direito.

No que tange ao Superior Tribunal de Justiça, foi mencionado que, ao longo do tempo, seu posicionamento acerca do tema ora tratado foi sendo alterado, sendo que, atualmente, adota a mesma posição acolhida pela Administração Pública Federal, razão pela qual recebeu as mesmas críticas direcionadas à posição defendida por esta.

Da mesma forma, foi sustentado que as diversas posições doutrinárias divulgadas neste trabalho também não se conformam com as balizas impostas pelos princípios constitucionais do paradigma constitucional atual.

No último capítulo, com base em uma análise à luz dos princípios regentes do paradigma constitucional atual, foi proposto que a autoridade competente para tomar conhecimento do ato infracional é *qualquer pessoa que se encontre em posição hierarquicamente superior ao servidor público federal infrator*. Com referida definição, espera-se alcançar maior clareza, segurança jurídica e celeridade no trâmite e finalização do processo administrativo disciplinar, sem prejuízo do interesse público e dos direitos fundamentais.

Com a solução encontrada, acredita-se que os interesses da Administração e dos servidores são igualmente preservados, respeitando-se dessa forma o princípio da proporcionalidade. Os princípios da segurança jurídica, da eficiência e da dignidade da pessoa humana podem ser mais respeitados. É visível, ainda, a preservação de direitos fundamentais, como o da duração razoável do processo administrativo.

Os meios pelos quais a autoridade competente é considerada científica do suposto ato infracional também foram pontos de análise, uma vez que, no cotidiano de um órgão disciplinar, este detalhe apresenta fundamental importância na definição precisa do *dies a quo* da contagem do prazo prescricional.

Ainda no último capítulo, com o escopo de demonstrar a variedade de alternativas para a fixação do marco inicial da contagem do prazo prescricional nos procedimentos disciplinares, foram citados normativos estaduais e municipais que tratam do assunto. Não obstante essa ampla possibilidade de definição normativa, a defendida neste trabalho pareceu ser a mais adequada, no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, foi sugerida uma revisão legislativa, para fins de sanar a omissão legislativa identificada no §1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 e, com isso, privilegiar os princípios regentes do Estado Democrático de Direito, bem como os direitos e garantias fundamentais dos servidores públicos federais, sem se olvidar dos interesses da Administração.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Parecer nº GQ-55*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8234>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

ALCUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública Brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília – DF: CEAD/UnB, 2012. (Pós-Graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, n. 4, ano 2, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCtd=12549>>. Acesso em: 24 jul. 2013.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo. Malheiros, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 11974/DF*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 28 de março de 2007, DJ de 07/05/2007. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=11974&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 18 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 13993/DF*, Terceira Seção, Brasília, DF, 25 de agosto de 2010. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=13933&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 21 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 14446/DF*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 13 de dezembro de 2010, DJe de 15/02/2011. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=14446&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 18 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 14159/DF*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 24 de agosto de 2011, DJe de 10/02/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=14159&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 19 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 16567/DF*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, Brasília, DF, julgado em 09 de novembro de 2011, DJe de 18/11/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=16567&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 19 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 16567/DF*, Primeira Seção, Brasília, DF, julgado em 09 de novembro de 2011, DJe de 18/11/2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_sReg=201100801789&sData=20111118&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 19 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 17456/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, Brasília, DF, julgado em 14 de novembro de 2012, DJe de 20/11/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=17456&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 21 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 14336/DF*, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 10 de outubro de 2012, DJe de 17/10/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=14336&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 21 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 13926/DF*, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 27 de fevereiro de 2013, DJe de 24/04/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=13926&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no MS 19488/DF*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, Brasília, DF, julgado em 27 de fevereiro de 2013, DJe de 06/03/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=13926&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 out. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2003.

CHICÓSKI, Davi. O Princípio da Eficiência e o Procedimento Administrativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, Belo Horizonte, n. 18, ano 4 out./dez. 2004. 11. Disponível em : <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI/0006.aspx?pdiCntd=12692>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília. 2013. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.

COSTA, José Armando da. *Controle judicial do ato disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Prescrição disciplinar*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CRUZ, Célio Rodrigues da. *Texto-base: Infrações e sanções administrativas*. Brasília – DF: CEAD/UnB, 2012. (Pós-Graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/course/view.php?id=18>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

FERRAZ, Luciano. Segurança jurídica positivada: interpretação, decadência e prescritibilidade. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul./set. 2010.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo. Atlas, 2013.

FORTINI, Cristiana. Processo administrativo disciplinar no Estado Democrático de Direito: o devido processo legal material, o princípio da eficiência e a Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI/0006.aspx?pdiCntd=82393>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

JÚNIOR, José Cretella. *Prática do Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Características da segurança jurídica no Brasil*. Consultor jurídico. Texto publicado dia 22.06.2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-22/observatorio-constitucional-caracteristicas-seguranca-juridica-brasil>>. Acesso em: 14 set. 2013.

MAIA, Cristiano Soares Barroso. A (im)pertinência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. *Fórum Administrativo Direito Público FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009 . Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62502>>. Acesso em: 14 set. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul/RS: NOTADEZ, Ano 58 - nº 398, dez. 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Prescrição do processo disciplinar começa a fluir da data do fato investigado_crítica aberta ao §1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90. *A&C Revista de direito Administrativo e constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 21, jul./set. 2005. Disponível em: <<HTTP://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31123>> Acesso em: 13 ago. 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délio Balesteri; FILHO, José Emmanuel Burle Filho. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo. Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NETTO, Menelick de Carvalho. *Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UnB, 2012. (Pós-Graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

_____. A Contribuição do Direito Administrativo enfocado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: Um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Revista do Superior Tribunal do Trabalho*, Brasília: Síntese, Ano 68, n. 2, abr./jun. 2002.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo. Arqueologia de uma Distinção: o Público e o Privado na Experiência História do Direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

RECEITA FEDERAL – CORREGEDORIA GERAL. *Processo Administrativo disciplinar*. Apostila nº 5. Brasília. Julho de 2012. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/guiapad/Outros-Arquivos/RFB-Apostila5PareceresAGUFormulacoesDaspEnunciadosCCC.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 59, jan. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33605>. Acesso em: 28 ago. 2013.

TORRES, Hélio Taveira. O Princípio de Segurança Jurídica na constituição do Estado Democrático de Direito. In: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

VAROTO, Renato Luiz Mello. *Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

A NECESSIDADE DA REFORMULAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO DIANTE DA PROPAGAÇÃO DA ABERTURA DE CURSOS SUPERIORES POR ENTIDADES PRIVADAS QUE NÃO INTEGRAM O SISTEMA FEDERAL DE ENSINO

João Paulo Santos Borba
Advogado da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 O ensino superior no Brasil e a fiscalização realizada pelo Poder Público; 1.1 O serviço educacional prestado por entidades privadas; 1.2 O poder de polícia no controle da atividade educacional; 1.3 O problema dos cursos superiores irregulares; 2 As vicissitudes relacionadas à prestação irregular do serviço educacional por entidade privada; 2.1 O crescimento do ensino superior privado no Brasil; 2.2 A prestação do serviço educacional sem autorização estatal; 2.3 Os prejuízos experimentados pelos estudantes; 2.4 A Inexistência de entidade fiscalizadora; 3 O aprimoramento do controle estatal da prestação irregular do serviço educacional; 3.1 O aperfeiçoamento da legislação; 3.2 A criação de ente específico de fiscalização; 3.3 A possibilidade de convalidação dos estudos; 3.4 A criminalização da atividade educacional irregular; 3.5 A conscientização e participação ativa dos cidadãos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho investiga o problema da prestação do serviço educacional por entidade privada sem autorização estatal. Inicialmente (primeiro capítulo), são apresentadas considerações gerais a respeito do ensino superior no Brasil. Também, são abordadas peculiaridades do poder de polícia. Ademais, é demonstrada a propagação dos cursos superiores irregulares. Em seguida (segundo capítulo), apresentam-se peculiaridades a respeito do funcionamento irregular de curso superior. São mencionados os prejuízos causados aos estudantes e a situação da deficitária fiscalização realizada pelo Poder Público. Posteriormente (terceiro capítulo), são propostas medidas para o aprimoramento da fiscalização e do combate efetivo da abertura irregular de cursos superiores. Por fim (conclusão), são apresentadas considerações finais sobre a necessidade do enfrentamento do referido problema pelo Poder Público, tendo em vista que a educação de qualidade é de fundamental importância para o desenvolvimento da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Ensino Superior. Cursos Universitários Oferecidos por Agentes Privados. Ausência de Autorização Estatal. Poder de Polícia. Aperfeiçoamento do Controle Estatal. Ministério da Educação – MEC.

ABSTRACT: This paper investigates the problem of educational services providing by private entity without state authorization. Initially (first chapter), general considerations are presented regarding higher education in Brazil. In addition, peculiarities about police power are also addressed. Moreover, it demonstrated the spread of irregular degree courses. Then (second chapter), we will introduce peculiarities about the malfunction of some higher education programs. It will be mentioned the damage caused to the students and the situation of deficient inspection conducted by the Government. Later (third chapter), measures are proposed to improving oversight and effective actions against the opening of irregular higher courses programs. Eventually (conclusion), it will presented final thoughts on the necessity of confronting the mentioned problem in the Government fields, considering that the maintenance of standards of quality in education is fundamental to the development of society.

KEYWORDS: Higher Education. University Courses Offered by Private Agents. Absence of State Authorization. Police Power. Improvement of State Control. Ministry of Education.

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a problemática vivenciada pelos estudantes e por toda sociedade em face da prestação irregular do serviço educacional por entidade privada, que oferece curso superior sem integrar oficialmente o sistema federal de ensino, assim como sobre a necessidade do aperfeiçoamento dos mecanismos utilizados pelo Poder Público para coibir essa prática.

Na perspectiva de operador de direito e de Advogado da União, que prestou assessoramento jurídico no Ministério da Educação - MEC por mais de 06 (seis) anos, chamou-me a atenção a impressão de que a Administração Pública Federal não dispunha de um aparato legal e de uma estrutura orgânica apta a prevenir e reprimir as situações envolvendo os problemas causados pela abertura de cursos superiores sem autorização estatal.

Além disso, é perceptível que o expressivo interesse de parcela significativa da sociedade em obter a formação educacional superior resultou no panorama atual da expansão relevante do ensino superior privado no Brasil, tendo em vista o seu caráter de atividade econômica lucrativa.

A consequência lógica desse crescimento foi o surgimento de entidades privadas de ensino superior que funcionam sem autorização do Ministério da Educação.

Deste modo, tem-se que a temática acima apresentada demonstra-se atual e relevante, porquanto a prestação do serviço educacional por instituição particular de ensino sem a prévia autorização estatal resulta em significativos danos aos estudantes, notadamente no que se refere à impossibilidade de obtenção do certificado válido de conclusão de curso superior.

Para investigar esses aspectos e problemas acima delimitados, o presente trabalho propõe uma análise pautada em três capítulos, assim intitulados: i – Considerações sobre o ensino superior no Brasil e a fiscalização realizada pelo Poder Público; ii – A problemática envolvendo a prestação irregular do serviço educacional por entidade privada; iii – O aperfeiçoamento do combate da prestação irregular do serviço educacional.

No primeiro capítulo, inicialmente, são apresentados dados estatísticos sobre a expansão do ensino superior no Brasil, buscando-se demonstrar que a prestação do serviço educacional por entidade privada caracteriza-se como atividade econômica.

Posteriormente, são abordadas questões referentes ao exercício poder de polícia pelo Ministério da Educação, quanto à observância do princípio da legalidade e às entidades que estão submetidas à fiscalização estatal.

Ademais, no primeiro capítulo, busca-se demonstrar a questão da prestação do serviço educacional por entidades privadas que não integram o sistema federal de ensino, assim como os prejuízos experimentados pelos estudantes que ingressaram em curso superior que não possuem autorização estatal.

No segundo capítulo, investiga-se se o crescimento do ensino superior privado decorre da crescente demanda social em ingressar em curso superior, porquanto o ingresso no mercado de trabalho está relacionado à obtenção da devida qualificação acadêmica. E que a atual política pública educacional justifica a expansão da prestação do serviço educacional por entidades privadas, tendo em vista a impossibilidade da absorção de todos os estudantes pela rede pública de ensino superior.

Explicita-se, ainda, em razão da significativa rentabilidade da atividade educacional, que existem entidades privadas que oferecem cursos superiores sem a prévia autorização estatal, cuja consequência é a impossibilidade dos estudantes obterem certificado válido de conclusão de curso superior.

Aborda-se, também, a inexistência de disciplina legal para dirimir a situação do estudante que não pode obter o diploma válido de conclusão de curso superior e que a fixação de indenização pecuniária e a imputação de responsabilidade penal não dirimem a problemática existente.

Além disso, no segundo capítulo, avalia-se a questão da inexistência de ente público cuja atribuição específica seja coibir a prestação irregular do serviço educacional, que parece resultar no agravamento dessa situação.

No terceiro capítulo, aborda-se a necessidade da criação do arcabouço legal para que ocorra o devido enfrentamento pela Administração Pública da prestação irregular do serviço educacional.

Argumenta-se acerca da criação de agência reguladora destinada a fiscalizar a atividade educacional como importante instrumento de combate à oferta de curso superior sem a prévia autorização estatal. Além disso, em razão do seu poder normativo, pergunta-se se seria possível a resolução da problemática sobre a impossibilidade de obtenção do diploma nas hipóteses da prestação irregular do serviço educacional.

Investiga-se, também, se a criminalização da conduta referente à prestação irregular do serviço educacional constitui meio hábil a desestimular esse tipo de prática e, por consequência, de salvaguardar os interesses dos estudantes.

Por fim, no terceiro capítulo, pergunta-se se é necessária a promoção de campanhas educativas com a finalidade de conscientizar a sociedade que a atuação conjunta do cidadão com o Estado é imprescindível para fiscalizar a prestação do serviço educacional por entidade privada.

Deste modo, por meio deste trabalho, pretende-se refletir sobre as vicissitudes advindas da proliferação da abertura de cursos superiores

sem autorização estatal e da necessidade do aperfeiçoamento da legislação pátria com a finalidade de combater de forma eficiente esse tipo de prática e de salvaguardar os interesses de todos os estudantes.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENSINO SUPERIOR NO BRASIL E A FISCALIZAÇÃO REALIZADA PELO PODER PÚBLICO

1.1 O Serviço Educacional Prestado por Entidades Privadas

A última década foi marcada pela expressiva expansão do ensino superior brasileiro, notadamente em razão do crescimento significativo da prestação do serviço educacional por entidades privadas.

No ano de 2002, o número de matrículas realizadas nos diversos cursos de graduação ofertados por instituições privadas e públicas foi de aproximadamente 3.500.000 (três milhões e quinhentos mil)¹.

Já no ano de 2011, o número de alunos matriculados foi em torno de 7.000.000 (sete milhões), sendo que aproximadamente 5.000.000 (cinco milhões) de matrículas, o que representa mais de 70% (setenta por cento)², foram realizadas em entidades privadas de ensino superior.

É possível verificar, a partir da análise numérica acima apresentada, que, ao longo de quase uma década, o quantitativo de discentes que ingressaram no ensino superior duplicou, o que evidencia o intento de uma parcela significativa da sociedade em obter a formação educacional superior.

Também é factível depreender-se dos mencionados dados que a iniciativa privada ocupa posição de relevo na prestação do serviço educacional no Brasil, sendo responsável por acolher significativo número de discentes que objetivam alcançar a formação acadêmica do ensino superior.

Diante desse atual cenário da crescente expansão da prestação do serviço educacional por entidades privadas e do número significativo de estudantes que ingressam nos seus cursos de graduação, é possível pressupor o surgimento e a proliferação das mais diversas espécies de conflito de interesses entre os atores sociais (governo, dirigentes, professores, alunos, empregados em geral, etc.) envolvidos nas relações jurídicas daí advindas.

Como exemplos dos inúmeros conflitos envolvendo os estudantes e as entidades privadas de ensino, é possível destacar: i) a cobrança de valor abusivo de mensalidade escolar (contraprestação pecuniária pelo serviço educacional prestado); ii) a cobrança de valor pecuniário específico pela

¹ BRASIL. *Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira*. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/resumo_tecnico/resumo_tecnico_censo_educacao_superior_2011.pdf>. Acesso em: 09 set. 2013.

² Ibidem.

expedição do certificado de conclusão de curso superior; iii) a deficiência de qualidade do ensino ofertado; e iv) a prestação de serviços educacionais sem autorização oficial do Ministério da Educação³.

A relação existente entre discentes e instituições privadas de ensino, como fato social expressivo da atualidade, que envolve um universo crescente de pessoas em busca do almejado aperfeiçoamento acadêmico, traduz uma realidade jurídica que deve ser devidamente disciplinada pelo ordenamento jurídico e analisada pelos operadores do direito com a devida cautela e parcimônia, em face das nuances que lhe são peculiares – dentre as quais se destacam a preservação do direito constitucional à educação de qualidade, a relevância para sociedade na formação acadêmica de cidadãos conscientes dos seus direitos e deveres, e a formação de profissionais qualificados.

Em face da relevância da prestação da atividade educacional por entidades privadas, é importante analisar o tema à luz das disposições constitucionais pertinentes.

O art. 209, incisos I e II, da Constituição da República⁴ dispõe que a prestação de serviços educacionais é livre à iniciativa privada, sendo necessário o cumprimento das normas gerais de educação nacional, bem como a prévia autorização e a constante avaliação da qualidade do ensino pelo Poder Público, *in verbis*:

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

A partir da leitura da norma constitucional acima transcrita e de acordo com a classificação conceitual de serviço público defendida por Alexandre Santos Aragão⁵, tem-se que a prestação do serviço educacional por entidade privada pode ser compreendida como uma espécie de atividade econômica.

O mencionado autor contextualiza a possibilidade do exercício da atividade educacional tanto pela iniciativa privada como pelo setor

³ A terminologia “autorização do Ministério da Educação” é utilizada no presente trabalho com o significado de consentimento estatal para ofertar curso superior à sociedade. Registre-se, ainda, que a legislação pátria faz a nítida distinção entre credenciamento, autorização e reconhecimento de curso superior.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

⁵ A referida classificação sobre o serviço público encontra-se no terceiro Capítulo (p. 143 a 154) do livro *Direito dos serviços públicos e no artigo doutrinário assim intitulado: O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro*, ambos de autoria de Alexandre Santos de Aragão.

público, ressaltando o seu caráter de atividade econômica quando desempenhado por entidades privadas.⁶ Dessa forma, destaca que:

Há uma série de atividades assistenciais e culturais (saúde e educação, e, mais tarde, cultura, lazer, pesquisas científicas etc.) que na Idade Média eram satisfeitas por ordens religiosas, de caridade e outros entes intermediários entre os indivíduos e o poder político, como as corporações de ofício. Com a proscrição dos entes intermediários pelas revoluções liberais, o Estado teve que assumir estas atividades (cf. tópico 2.4).

Porém, a iniciativa privada pôde, via de regra, ultrapassado o furor revolucionário liberal, voltar a explorá-las. Nesse momento, os entes intermediários sem fins lucrativos também foram reabilitados para o seu exercício.

O Estado, no entanto, por impossibilidade desses atores não-estatais atenderem de forma integral as exigências da sociedade, muitas vezes constitucionalmente positivadas, não poderia voltar a deixar de atendê-las, deixando-as novamente apenas com a iniciativa privada e com o terceiro setor. A partir de então, essas atividades passaram a ser chamadas de serviços públicos (sociais ou culturais) quando prestadas, e não apenas fiscalizadas, pelo Estado.

Elas possuem a peculiaridade de poderem ser prestadas tanto pelo Estado como pela iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos. São atividades econômicas com potencial lucrativo, mas que, mesmo não sendo monopólios naturais, o mercado e o terceiro setor não são capazes de por si só satisfazer os fortes interesses coletivos em usufruí-las.

[...]

Entendemos, no entanto, como já exposto no tópico 4.4.4 supra, que, apesar da plausibilidade da tese exposta, essas atividades (saúde, educação etc.) devem ser denominadas em seu conjunto como “serviços compartidos”, sendo que, quando exploradas pelos particulares, são atividades econômicas privadas, eventualmente, de interesse público ou regulamentadas (caso sujeitas às autorizações operativas, que serão analisadas no Capítulo seguinte), e, quando exploradas pelo Poder Público, são serviços públicos sociais, espécie classificatória do gênero serviço público caracterizada, ao contrário dos demais serviços públicos, pela inexistência da reserva de titularidade estatal.

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 180/881 – 185.

Nesse sentido, entende-se adequado o entendimento de que a prestação do serviço educacional por instituição privada de ensino pode ser compreendida como exercício da atividade econômica de interesse público, sendo certo, outrossim, que as entidades privadas de ensino encontram-se jungidas às normas gerais da educação nacional e, por consequência, ao poder de polícia da União, por meio do Ministério da Educação (art. 209, incisos I e II, da C.F.).

Tal entendimento corrobora a idéia de que o exercício prestação de serviço educacional por entidade privada de ensino encontra-se jungido à atuação do poder de polícia do Ministério da Educação, razão pela qual a compreensão do referido instituto jurídico é essencial para determinar a delimitação de atuação estatal nessa seara.

1.2 O Poder de Polícia no Controle da Atividade Educacional

A doutrina pátria compreende o poder de polícia como o meio utilizado pela Administração Pública com o escopo de condicionar, restringir e limitar o exercício de atividade, o uso e gozo de bens e direitos pelos particulares, em nome do interesse da coletividade.

Desse modo, o exercício de direitos conferidos pelo ordenamento jurídico pátrio deve ser compreendido de acordo com o bem-estar social, pelo que a fruição das prerrogativas inerentes à liberdade, à propriedade e à atividade econômica deve estar em plena consonância com o bem coletivo, não prejudicando a persecução do interesse da sociedade⁷.

É imperioso lembrar o conceito de poder de polícia, estabelecido no art. 78 do Código Tributário Nacional - CTN:

Art. 78 Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.⁸

Não obstante o dispositivo legal fazer referência à conceituação da expressão poder de polícia, depreende-se que a referida definição não

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 815/816.

⁸ BRASIL. *Lei n. 5.172, 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

abrange toda atividade estatal relacionada ao tema, cujo instituto jurídico também revela a limitação ao exercício de direitos⁹.

O conceito apresentado por José dos Santos Carvalho Filho¹⁰ sobre o poder de polícia sintetiza as suas principais características, dentre elas, a atuação da Administração Pública, com supedâneo legal, no sentido de salvaguardar o interesse da sociedade, por meio do disciplinamento da fruição do direito à liberdade e do direito à propriedade, a saber:

A expressão poder de polícia comporta dois sentidos, um amplo e um estrito. Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Sobreleva nesse enfoque a função do Poder Legislativo, incumbido da criação do *ius novum*, e isso porque apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos, elastecendo ou reduzindo o seu conteúdo. É princípio constitucional o de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF).

...

De nossa parte, entendemos se possa conceituar o poder de polícia como a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.

Afigura-se, assim, que a cogente observância do princípio da legalidade na atuação da Administração Pública é medida que se impõe também no exercício do poder de polícia, conforme prevê o art. 37, *caput*, da Constituição Federal¹¹:

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: ...

Não obstante a clareza da dicção do art. 37, *caput*, da Constituição da República, no que se refere à submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade no desempenho das suas atividades, máxime no

9 FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Código Tributário Nacional Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.78.

10 CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 82/83.

11 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 09 set. 2013.

exercício do poder de polícia, vale acrescentar os seguintes ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho¹²:

Só nos casos expressamente previstos na Constituição podem ser restringidos os direitos, liberdades e garantias e só a lei os pode restringir (art. 18º/2: reserva de lei restritiva).

Os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos por lei. Articulando o art. 18º/2 com outros preceitos da Constituição (art. 162º/2, 164º e 165º), a exigência da forma de lei para a restrição de direitos, liberdades e garantias tem um alcance jurídico-constitucional bem definido. A intervenção de um acto legislativo (e não de qualquer outro acto normativo) com a forma de lei da AR (sic) para a limitação de direitos, liberdades e garantias (art. 165º/1-c) reafirma a ideia do Parlamento como órgão “amigo” das liberdades, e da “reserva de lei do Parlamento” como instrumento privilegiado da defesa dos direitos, mesmo quando está em causa a própria restrição desses direitos.

No mesmo sentido, convém colacionar o entendimento Celso Antônio Bandeira de Melo¹³ sobre a estreita relação existente entre o princípio da legalidade e o exercício do poder de polícia pela Administração Pública:

[...]

Só a lei pode fixar os condicionantes do exercício da liberdade e da propriedade. Atos inferiores, como o regulamento, as resoluções, as portarias e as declarações jurídicas concretas, não têm este poder.

18. A este respeito calham à fiveleta oportuníssimas considerações de Eduardo Garcia de Enterria, um dos mais renomados administrativas europeus da atualidade. O ilustre mestre, referindo-se às chamadas “limitações administrativas à liberdade e a propriedade”, habitualmente conhecidas como “Poder de Polícia”, anota que são inadmissíveis no Estado de Direito, quando carentes de prévia estatuição legal, por incompatíveis com o princípio da legalidade, nada mais representando senão ressaibos do Estado absolutista. Daí os seguintes lapidares ensinamentos que merece literal transcrição: “Resultará óbvio recordar que, conforme à técnica comum da legalidade que já estudamos a Administração precisa de um respaldo normativo explícito para poder

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.453.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder de Polícia da Economia e Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 67, p. 41, jul./set. 1983.

atuar quaisquer das técnicas de limitação de direitos que expusemos. De outra parte, isto também é exigido por tratar-se de uma restrição de faculdades, de exercício de direitos, cuja construção positiva encontra-se também em outras normas, o que supõe a alteração delas ou, pelo menos, um condicionamento de sua eficácia plena. Deste modo resulta *excluída, sem vacilação, a possibilidade de que a Administração possa impor medidas limitativas dos direitos, remetendo-se, apenas, a um juízo ocasional, sem norma legal que ampare a medida.* (grifo no original)

Apesar da aparente obviedade, o exercício do poder de polícia pelo Ministério da Educação também se encontra diretamente vinculado aos ditames legais (princípio da legalidade), notadamente no que se refere às matérias e às entidades aqui estudadas, sendo certo que nem todas as matérias de cunho educacional, assim como nem todas as entidades que prestam serviço educacional encontram-se no âmbito da atividade regulatória¹⁴ do Ministério da Educação, dada a ausência de permissivo legal para tanto.

A abordagem acima apresentada demonstra que a compreensão sobre a cogente observância do princípio da legalidade pela Administração Pública, inclusive em relação ao exercício do poder de polícia pelo Ministério da Educação, ganha contornos singulares, haja vista a íntima relação existente entre os referidos institutos jurídicos (princípio da legalidade e poder de polícia).

Diante de diversas peculiaridades que podem envolver o vínculo jurídico existente entre a Administração Pública e o administrado – a mutabilidade, a complexidade e a diversidade das relações sociais subjacentes –, é possível vislumbrar o reconhecimento da ampliação conceitual do atual sentido de legalidade, o qual não se encontra adstrito, tão somente, a um conceito formalista e literal.

No que tange à ampliação atual da concepção de legalidade, assim como a ultrapassada compreensão de que a Administração Pública seria uma mera executora de leis formais¹⁵, Vitor Rhein Schirato destaca que:

...

Passa a ser fundamental um alargamento da noção de legalidade, não se referindo apenas à lei formal, mas sim a todo um bloco de legalidade integrado por diversas fontes normativas que compõem o ordenamento

¹⁴ A acepção da expressão função/atividade regulatória significa, neste trabalho, o controle estatal da prestação de serviço de interesse da coletividade que é oferecido por entidade privada.

¹⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Interesse Público*. Minas Gerais, nº 47, 2008. p. 154-156.

jurídico, incluindo, sobretudo, a Constituição, como mais alta norma do Ordenamento Jurídico.

Esse alargamento tem como fundamento (i) a impossibilidade de existência de previsão legal de todas as condutas possíveis da Administração Pública e (ii) a necessidade de ampliação do escopo do controle da atividade administrativa, mediante o aumento das normas que vinculam a atividade administrativa, em razão da inexistência de previsão expressa em lei de todas as condutas da Administração Pública.

[...]

A consequência primordial dessa construção alargada da legalidade, como muito bem ressalta o autor, é o alargamento das normas às quais a Administração Pública mesmo nos casos em que não haja previsão legal específica e nos quais os valores consagrados na Constituição devam ser tutelados.

Em vista do exposto, entendemos, no que concerne ao verdadeiro substrato hodierno do Princípio da Legalidade, que não mais se pode falar em legalidade como sinônimo de lei formal, mas sim que há uma obrigação de referir-se à legalidade como um bloco normativo integrado pela Constituição e pelos demais valores consagrados e normas integrantes do Ordenamento Jurídico.

Com efeito, a possibilidade de o Poder Público atuar sem o apego ao legalismo formal não conduz à intelecção de que a Administração Pública pode agir sem amparo das normas existentes no ordenamento jurídico, pelo que o poder de polícia deve ser exercido à luz da legalidade ampla, também denominada de juridicidade.

Nesse sentido, vale transcrever o entendimento de Gustavo Binenbojm¹⁶ sobre a leitura do princípio da legalidade sob o enfoque do princípio da juridicidade administrativa, como fundamento para atuação da Administração Pública:

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida como sistema de regras e princípios – passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12/13.

princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei.

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do Direito Administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um Direito Administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem.

[...]

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

Afigura-se, portanto, que a atuação da Administração Pública, abarcando, logicamente, o desempenho do poder de polícia, requer autorização expressa legislativa ou mesmo autorização implícita, decorrente diretamente da norma constitucional que imponha um dever de atuação à Administração Pública¹⁷.

Em razão da sua relevância para análise atual do princípio da legalidade, é necessário explicitar a acepção do vocábulo “juridicidade”, que pode ser compreendido como sinônimo de legalidade, conforme os ensinamentos de Alexandre Santos Aragão¹⁸:

[...]

É assim, que, tomando por referência a nomeclatura de José Manuel Sérvelo Correia, não adotamos, nem uma legalidade meramente formal,

¹⁷ SCHIRATO, op. cit., p. 158.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 65, p.7, out. 2008.

que não fornece pautas de controle da substância dos atos, nem uma legalidade substancial de excessiva densidade normativa, que exige que a lei estabeleça pelo menos parte do conteúdo dos atos a serem expedidos, o que muitas vezes não é compatível com a dinâmica da atividade administrativa, principalmente.

A isto poderiam ser dados vários nomes: legalidade formal axiológica, legalidade material leve ou, o que preferimos, simplesmente legalidade principiológica, no sentido de que as atribuições de poderes pela lei devem, por sucintas que sejam, ser pelo menos conexas com princípios que possibilitem o seu controle; princípios aqui considerados em seu sentido amplo, abrangendo finalidades, políticas públicas, standards etc. Trata-se, portanto, de uma visão neo-positivista do Princípio da Legalidade, resultando de um sistema constitucional tendencialmente principalista.

Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à “lei e ao Direito”, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2.º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1999). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo.

No tocante ao poder de polícia desempenhado pelo Ministério da Educação, apesar de seu exercício não se encontrar adstrito, tão somente, à lei infraconstitucional, consoante os argumentos acima declinados, é imprescindível expor as diretrizes normativas que embasam a atuação da Administração Pública no particular.

A Constituição da República assevera que a prestação do serviço educacional será submetida à avaliação de qualidade pelo Poder Público e à submissão das normas gerais sobre o assunto (art. 209, incisos I e II, da C.F.), sendo esse o fundamento constitucional para o exercício do poder de polícia, no âmbito da fiscalização do serviço educacional, inclusive o prestado por entidades particulares.

Ademais, merece registro que é competência privativa da União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, nos termos do art. 22, inciso XXIV, da Carta da República¹⁹.

¹⁹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXIV - Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Em atenção à regulamentação dos dispositivos constitucionais acima mencionados (art. 22, inciso XXIV, e art. 209, incisos I e II, da C.F), foram publicadas a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), e a Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004 (SINAES), instituindo a produção de uma nova cultura, legitimada a orientar as condutas dos agentes envolvidos nos processos de oferta de educação superior em direção à qualificação dessa atividade.

A Lei nº 9.394, de 1996, é o diploma normativo que estatui as diretrizes e bases da educação nacional e trata, inclusive, da preservação da qualidade dos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior, balizando a atividade estatal regulatória da matéria em questão, compondo, assim, a principal legislação que versa sobre a intervenção estatal nos serviços educacionais prestados por instituições particulares de ensino.

Diante desse contexto, é necessário destacar que o art. 7º, incisos I, II e III, e o art. 46, § 1º, da mencionada Lei, assim estabelecem²⁰:

Art. 7º O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino;

II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público;

III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.

Art. 46. A autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior, terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após processo regular de avaliação.

§ 1º Após um prazo para saneamento de deficiências eventualmente identificadas pela avaliação a que se refere este artigo, haverá reavaliação, que poderá resultar, conforme o caso, em desativação de cursos e habilitações, em intervenção na instituição, em suspensão temporária de prerrogativas da autonomia, ou em descredenciamento.

²⁰ BRASIL. *Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

Por sua vez, a Lei nº 10.861, de 2004, que estatuiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES, implementou nova avaliação sistemática de instituições e cursos superiores, provendo indicadores objetivos sobre os resultados do ensino ministrado.

A transcrição dos dispositivos legais da Lei mencionada no parágrafo acima permitem uma melhor compreensão dos argumentos acima declinados²¹:

Art. 1º Fica instituído o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES, com o objetivo de assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, dos cursos de graduação e do desempenho acadêmico de seus estudantes, nos termos do art. 9º, VI, VIII e IX, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

§ 1º O SINAES tem por finalidades a melhoria da qualidade da educação superior, a orientação da expansão da sua oferta, o aumento permanente da sua eficácia institucional e efetividade acadêmica e social e, especialmente, a promoção do aprofundamento dos compromissos e responsabilidades sociais das instituições de educação superior, por meio da valorização de sua missão pública, da promoção dos valores democráticos, do respeito à diferença e à diversidade, da afirmação da autonomia e da identidade institucional.

§ 2º O SINAES será desenvolvido em cooperação com os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal.

Art. 2º O SINAES, ao promover a avaliação de instituições, de cursos e de desempenho dos estudantes, deverá assegurar:

I – avaliação institucional, interna e externa, contemplando a análise global e integrada das dimensões, estruturas, relações, compromisso social, atividades, finalidades e responsabilidades sociais das instituições de educação superior e de seus cursos;

II – o caráter público de todos os procedimentos, dados e resultados dos processos avaliativos;

III – o respeito à identidade e à diversidade de instituições e de cursos;

²¹ BRASIL. *Lei nº 10.861/2004, de 14 de abril de 2004*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.861.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

IV – a participação do corpo discente, docente e técnico-administrativo das instituições de educação superior, e da sociedade civil, por meio de suas representações.

Parágrafo único. Os resultados da avaliação referida no caput deste artigo constituirão referencial básico dos processos de regulação e supervisão da educação superior, neles compreendidos o credenciamento e a renovação de credenciamento de instituições de educação superior, a autorização, o reconhecimento e a renovação de reconhecimento de cursos de graduação.

Tendo em vista o interesse da coletividade na prestação de serviço educacional por entidades particulares, notadamente em relação ao aspecto da qualidade do ensino ofertado, é imprescindível que o Poder Público regule e condicione o desenvolvimento dessa atividade, sendo certo que a atuação do Ministério da Educação, por meio do exercício do poder de polícia, deve fielmente observar o princípio da legalidade em sentido amplo²².

Assim, não sendo exceção à diretriz deduzida acima, o exercício da atividade regulatória pelo Ministério da Educação, como consequência do poder de polícia, encontra-se previamente definido nas normas e princípios que integram o ordenamento jurídico.

O art. 211 da Constituição da República²³ delimita as entidades que estão submetidas à atividade regulatória desenvolvida pelo Ministério da Educação:

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

²² O princípio da legalidade em sentido amplo deve ser compreendido na acepção de um conjunto normativo constituído pela Constituição Federal, pelos valores ali consagrados e normas integrantes do ordenamento jurídico, conforme já exposto neste trabalho, em sintonia com o entendimento doutrinário de Vitor Rhein Schirato.

²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

A Lei nº 9.394, 20 de 1996²⁴, estatui o seguinte sobre a definição das entidades de ensino que estão submetidas à fiscalização da União:

Art. 9º A União incumbir-se-á de:

[...]

IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino.

Art. 16. O sistema federal de ensino compreende:

I - as instituições de ensino mantidas pela União;

II - as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada;

III - os órgãos federais de educação.

O art. 2º, *caput*, do Decreto nº 5.773, de 09 de maio de 2006²⁵, ao regulamentar a referida lei, dispõe, em sentido semelhante, que:

Art. 2º O sistema federal de ensino superior compreende as instituições federais de educação superior, as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada e os órgãos federais de educação superior.

Depreende-se do contexto normativo acima apresentado que o exercício do poder de polícia pelo Ministério da Educação encontra-se mais claramente adstrito às entidades que compõem o sistema federal de ensino, quais sejam:

i) as instituições federais de educação superior;

²⁴ BRASIL. *Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

²⁵ BRASIL. *Decreto n. 5.773/2006, de 09 de maio de 2006*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5773.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

- ii) as entidades de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada;
- iii) e os órgãos federais de educação superior.

Logicamente, considerando o atual cenário da crescente expansão de instituições privadas de ensino, as entidades de educação superior, criadas e mantidas pela iniciativa privada, como integrantes obrigatórias do sistema federal de ensino, possuem importância singular na qualidade de entes submetidos ao poder de polícia do Ministério da Educação.

Diante do contexto jurídico acima apresentado, é possível aduzir que a atividade fiscalizadora desempenhada pela União, por meio do Ministério da Educação, é desenvolvida, principalmente, de forma preventiva, mediante processos de regulação e supervisão da prestação do serviço educacional, neles compreendidos: i) o credenciamento e a renovação de credenciamento de instituições de educação superior, ii) a autorização, iii) o reconhecimento e a renovação de reconhecimento de cursos superiores, consoante os termos do art. 46, § 1º, da Lei 9.394, de 1996.

Destarte, afigura-se que, no contexto aqui estudado, o poder de polícia administrativo é exteriorizado, primordialmente, por meio dos atos administrativos que autorizam o funcionamento de instituições de educação superior e de cursos de graduação e sequenciais.

O Ministério da Educação não pode exercer o poder de polícia, por meio da atividade regulatória, em face de entidades privadas que não integram o sistema federal de ensino, tendo em vista a ausência de permissivo legal para tanto no ordenamento jurídico.

A referida constatação – sobre os limites objetivos e subjetivos de atuação do Ministério da Educação – deve ser confrontada, entretanto, com a problemática advinda do surgimento significativo de oferta de cursos superiores por entidades privadas sem qualquer ato estatal sobre autorização de funcionamento.

1.3 Os Cursos Superiores Irregulares

Nesse atual cenário de crescente e expressivo número de pessoas interessadas em obter formação acadêmica superior, é possível verificar o surgimento de entidades privadas que, objetivando obter ganho financeiro rápido e significativo, sem observância de parâmetros de regularidade e qualidade, ludibriam milhares de estudantes, por meio da oferta de serviço educacional que não conta com qualquer tipo de autorização ou avaliação do Ministério da Educação.

Dentre as consequências negativas que tal problemática (ingresso em instituições privadas que não tem autorização do Ministério da Educação

para funcionar) traz para os estudantes, pode-se citar a não obtenção de certificação válida de conclusão de curso superior, apesar do expressivo dispêndio de tempo e de recursos financeiros utilizados como pagamento da contraprestação pelos serviços educacionais ofertados (mensalidade).

Tal situação pode causar significativo prejuízo em desfavor dos discentes. Também evidencia insegurança jurídica na disciplina das relações existentes entre estudantes e entidades privadas que ofertam curso superior sem a devida autorização do Ministério da Educação.

Como a segurança jurídica guarda relação com a noção de dignidade da pessoa humana, uma vez que a estabilidade das relações jurídicas e, consequentemente, da própria ordem jurídica são imprescindíveis para a elaboração e concretização dos projetos de vida dos cidadãos²⁶, tem-se que também é necessária a sua observância nos projetos e planos relativos à qualificação acadêmica dos indivíduos.

Logo, a observância da segurança jurídica nas relações acima mencionadas é medida que se impõe, com o objetivo de preservar os interesses dos estudantes (em sua formação acadêmica) e do Estado brasileiro, para evitar problemas como o da não obtenção de diploma válido, apesar do esforço desprendido (inclusive em termos de tempo e de recursos financeiros).

À semelhança do que costuma ocorrer em relações jurídicas bilaterais, o vínculo existente entre a entidade privada de ensino superior e o estudante universitário (contrato de prestação de serviços) deve ser fundado na fidúcia e principalmente na boa-fé de ambas as partes²⁷, inclusive no que se refere à qualidade do serviço educacional ofertado e na concretização da entrega do certificado de conclusão do curso superior com o devido reconhecimento de validade pelo Ministério da Educação.

Convém asseverar que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé objetiva, tendo por corolário notadamente no âmbito das relações negociais – o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos²⁸, razão pela

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 57, p.5, outubro. 2006.

²⁷ Para aplicação da cláusula da boa-fé, o juiz parte do princípio de que toda “a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência in contrahendo); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitarse de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé”.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, p.297, out. 2011.

²⁸ Ibidem., p.5.

qual a oferta de serviço educacional por entidade privada cria a legítima expectativa de que, ao final do curso superior, o estudante obterá o seu diploma de conclusão.

Em relação à aplicação do princípio geral da segurança jurídica e da proteção da confiança como instrumento norteador da vida em sociedade, vale citar os ensinamentos de J.J. Gomes Canotilho²⁹:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsávelmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.

[-] Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica -, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.

Vale acrescentar que a posição jurídico-subjetiva do estudante na relação mantida com as entidades privadas que se propõem a ofertar curso superior é, via de regra, de hipossuficiência³⁰³¹³², pelo que a sua capacidade individual de reagir e defender seus direitos que foram violados costuma ser diminuta ou incapaz de exercer significativa pressão³³.

29 CANOTILHO, op. cit., p. 257.

30 A relação jurídica entre o estudante e a entidade educacional pode ser considerada como multidisciplinar, sendo institucional, no que diz com as questões vinculadas propriamente à ensino e a sua qualidade, e consumerista, relativamente ao contrato de prestação de serviço educacional.

31 Na relação contratual mantida entre estudante e entidade privada de ensino, aquele constitui parte hipossuficiente, tendo em vista que não tem a prerrogativa de discutir os termos do contrato de adesão firmado sobre a prestação serviços educacionais.

32 [-] os consumidores, sobretudo no que toca aos bens e serviços essenciais, encontram-se numa posição de subalternidade e vulnerabilidade que reclama a intervenção protectora do Estado, mormente a intervenção legislativa a determinar a responsabilidade objectiva do produtor, a proibir as chamadas cláusulas abusivas, a regular os contratos de adesão, a proteger os utentes dos serviços públicos essenciais sobretudo quando assegurados por entidades privadas em regime de mercado.

NABAIS, José Casalta. O estatuto constitucional dos consumidores. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62646>>. Acesso em: 24 out. 2013.

33 Ao menos em termos de negociação, pressão e convencimento diretos com o ente de ensino superior de natureza privada, para que este voluntariamente busque uma solução ou acate um pedido determinado. Isso não significa, contudo, a ineficiência de mecanismos judiciais postos à disposição do cidadão, que tenham o condão de constituir obrigações de fazer e de não fazer, por exemplo.

Assim, a segurança jurídica da relação contratual mantida entre entidades particulares de ensino superior e os seus alunos deve sempre ser preservada, porquanto o dano causado pela prestação do serviço educacional sem autorização estatal pode resultar na impossibilidade de obter a certificação válida de conclusão do curso superior.

A partir da compreensão dos princípios da segurança jurídica³⁴, da boa-fé objetiva³⁵ e da confiança, tem-se que não se pode adotar como razoável o entendimento de que incumbe tão somente ao estudante verificar, antes de ingressar em curso superior, a regularidade junto ao Ministério da Educação dos serviços educacionais ofertados por entidade privada³⁶, porquanto o exercício da atividade educacional constitui matéria de interesse de toda coletividade e deve ser devidamente disciplinado pelo Estado.

Sendo assim, a análise da situação jurídica dos estudantes que ingressam em instituições privadas que ofertam cursos superiores sem autorização do Ministério da Educação e que, consequentemente, não podem expedir certificação válida de conclusão curso superior, deve também ser enfrentada pelo Poder Público, sob a perspectiva da preservação da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé dos discentes.

Nesse sentido, o Estado terá uma atuação voltada para resolução de problemas ligados a esse tema, permitindo que o desiderato dos estudantes de obter a devida qualificação acadêmica com certificação

³⁴ [...] a segurança jurídica garante a grande aspiração de estabilidade buscada pela sociedade. A justiça, ideal buscado pelo direito, e o bem-estar social, consequência do respeito a esse ideal, não se configuram sem a presença de um mínimo de segurança.

Apresenta-se como um princípio geral do Direito, refletindo em todas as áreas que o direito baliza, traduzindo o mínimo de certeza positivada em um ordenamento. É impossível ao homem conviver com o semelhante à sombra de todas as dúvidas e incertezas que permeiam sua existência. Ao menos naquilo que advém do sistema, da ordem jurídica instituída, que tenha, ele, a possibilidade do mínimo de previsibilidade. MELO, Lígia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. *AESC Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 133-144, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=37238>>. Acesso em: 18 out. 2013.

³⁵ A boa-fé objetiva, por sua vez, é regra de conduta social, tendo em conta a honestidade, a lealdade, a retidão e a probidade que devem nortear todas as relações obrigacionais. Refere-se a um arquétipo, modelo ou standard de conduta que impõe o respeito à confiança do outro, ou seja, o agente deve levar em consideração os interesses do alter, concorrendo para a sua satisfação e obrando como obraria um homem reto, com correção e com as demais características acima referidas.

CRUZ, Caroline Menegon da. A boa-fé objetiva no direito civil brasileiro. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 87-121, jan./abr. 2013.

³⁶ ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE. CURSOS SEM AUTORIZAÇÃO. FUNCIONAMENTO. EXIGIBILIDADE ANTE PORTARIA 877/97. DANO MORAL. INCABIMENTO. 1. Compete à autora o ingresso no curso escolhido diligenciar quanto à sua idoneidade, como também, se o mesmo já se submeteu a processo de avaliação sendo reconhecido pelo MEC. Se não o fez, não cabe indenização por danos morais em decorrência do não reconhecimento. 2. Não existe prazo máximo para que se envie dito requerimento, estabelecendo apenas a Portaria Ministerial n. 877 de 30 de junho de 1997, em seu art. 1º, § 2º que "as instituições poderão requerer o reconhecimento de seus cursos/habilidades a partir do segundo ano de funcionamento, quando se tratar de curso com duração de quatro anos, e a partir do terceiro ano, para aqueles cuja duração for superior a quatro anos" do que se depreende ser perfeitamente lícito e até obrigatório funcionamento do curso antes de seu reconhecimento. 3. Apelação improvida. (grifo do autor) BRASIL. Tribunal Regional Federal na 4ª Região. *Apelação Civil - AC*. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Dever de diligência de estudante. AC nº 200004010265417, Relator Des. Federal Alcides Vettorazzi, Quarta Turma, DJ 22/11/2000.

válida seja alcançado, sem prejuízo de tomar outras medidas de caráter pedagógico para desestimular práticas abusivas e ilegais.

É imperioso também que se enfrente a questão em comento sob o enfoque do postulado constitucional da eficiência, o qual deve nortear o desempenho da atividade finalística do Estado.

O princípio da eficiência, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República³⁷, determina que a Administração Pública deve sempre pautar o exercício de suas atribuições na busca do resultado mais satisfatório possível para a coletividade.

A acepção do referido princípio encontra-se bem delineada no ensinamento formulado por Diógenes Gasparini³⁸:

Conhecido entre os italianos como “dever de boa administração”, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade.

[...]

Procura-se maximizar os resultados em toda e qualquer intervenção da alcada da Administração Pública. Qualquer ação ou decisão deve ter essa preocupação, evitando-se as que não têm ou que não atendam a esse princípio.

Como já foi abordado anteriormente, o ordenamento jurídico pátrio, máxime a Constituição da República, impõe ao Estado o dever de zelar pela excelência e adequada formação educacional dos estudantes.

Deste modo, o cenário normativo existente deve interpretado, e, se for necessário, aperfeiçoado, sob a ótica do enfrentamento direto da atual questão da prestação do serviço educacional sem autorização do Ministério da Educação, inclusive na perspectiva da minoração dos prejuízos experimentados pelos estudantes e do desestímulo à prática desse tipo de atividade irregular por entidades privadas.

A atuação da Administração Pública deve ser pautada pelo princípio da legalidade (juridicidade) e, também, sob o enfoque do princípio da eficiência, porquanto a atividade precípua do Estado nessa seara deve ser

³⁷ 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:

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2013.

³⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. Saraiva: São Paulo, 2008. p.21-22.

fundamentada na salvaguarda dos interesses dos estudantes que buscam obter a adequada formação acadêmica no curso superior que ingressaram.

A respeito da observância do princípio da eficiência pela Administração Pública, como instrumento norteador de sua atividade, assim como a aplicação consentânea do referido postulado com o princípio da legalidade, vale citar o entendimento de Alexandre Santos de Aragão³⁹ sobre o assunto:

[...]

O dilema deve, a nosso ver, ser resolvido, não pelo menosprezo da lei, mas pela valorização dos seus elementos finalísticos. É sob este prisma que as regras legais devem ser interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, ex vi do Princípio da Eficiência (art. 37, caput, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico.

O Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material — dos resultados práticos alcançados —, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.

É desta maneira que a aplicação *tout court* das regras legais deve ser temperada, não apenas pela outrora propugnada eqüidade, mas pela realização das finalidades constitucionais e legais aplicáveis à espécie.

O Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, caput, CF) não legitima a aplicação cega de regras legais (ou de outro grau hierárquico), que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários. As normas jurídicas “passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater”.

O Princípio da Eficiência se vê ainda mais reforçado pelo conflito positivo que possui com o Princípio da Proporcionalidade, já que também por força deste, em seus elementos “adequação” e “necessidade”, não se poderia

³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 4, ano 2 Janeiro/Março 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12549>>. Acesso em: 01 out. 2013.

impõe a adoção de meio (normalmente uma interpretação) inadequado ou desnecessariamente oneroso ao atingimento das finalidades legais, pelo simples apego a uma legalidade formal, impondo-se uma legalidade material, cujo substrato encontrar-se-ia na eficiente e menos onerosa possível realização dos objetivos constitucionais que estiverem em jogo. “Na Administração de resultado, o Princípio da Legalidade implica na indefectível aplicação das normas que geram bons resultados; mas também implica na impossibilidade de aplicar normas que geram maus resultados. [...] O Princípio da Legalidade relacionado com o resultado impõe, sobretudo, que o bem seja reivindicado no plano substancial: tal legalidade exclui à operatividade de previsões irrelevantes em relação ao resultado administrativo.”

Sob o enfoque da aplicação do princípio da eficiência, afigura-se que os problemas causados aos estudantes – em decorrência do ingresso em curso superior que está funcionando sem a prévia autorização do Ministério da Educação – devem também ser sopesados e enfrentados nessa perspectiva. É que o Estado deve sempre objetivar o aprimoramento racional da sua estrutura organizacional e do arcabouço normativo para atingir o fim precípua de zelar pela qualidade do ensino ofertado pelas entidades privadas à coletividade.

2 AS VICISSITUDES RELACIONADAS À PRESTAÇÃO IRREGULAR DO SERVIÇO EDUCACIONAL POR ENTIDADE PRIVADA

2.1 O Crescimento do Ensino Superior Privado no Brasil

A significativa expansão do ensino superior privado no Brasil, resultante da crescente demanda social pela maior oferta do número de vagas em cursos superiores, pode ser explicada pelos mais variados fatores⁴⁰.

40 Os dados empíricos sistematizados neste texto permitem, no seu conjunto, identificar alguns contributos de resposta para a questão em análise. Por um lado, evidenciam que para explicar o ingresso no ensino superior, seja em formação inicial seja em formações pós-graduadas, os indivíduos apontam razões diversas. Algumas estão relacionadas com projetos e aspirações profissionais, mas outras correspondem a expectativas centradas no desenvolvimento de conhecimentos e no gosto pela aprendizagem, sendo todas estas razões muito escolhidas pelos inquiridos. Estes resultados são consistentes com os que obtivemos numa pesquisa centrada no caso de mestres e doutores (M. G. Alves, 2009), em que se concluiu que mais do que uma estratégia para fazer face ao desemprego e/ou à precariedade do emprego, a opção de continuar o percurso estudantil no ensino superior é apresentada pelos graduados como um meio para desenvolver conhecimentos e competências, alguns dos quais permitem desempenhar melhor as suas atividades profissionais.

ALVES, Mariana Gaio; ALVES, Natália; CHAVES, Miguel. *Inserção profissional e razões de ingresso e reingresso no ensino superior*: um ponto de partida para uma temática em aberto. Sociologia, Problemas e Práticas, Oeiras, n. 69, maio 2012 . Disponível em: <http://www.scielo.gpearl.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65292012000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 out. 2013. <http://dx.doi.org/10.7458/SPP201269789>.

Segundo Jorge Castellá Sarriera e Cláudia Schead Schiessl o anseio de ingressar em um curso superior pode ser assim compreendido⁴¹:

O desejo de frequentar um curso superior é acompanhado de grandes expectativas de independência, estabilidade, status, realização e preparação para a inserção no mercado de trabalho. Os alunos esperam, com a formação universitária, melhorar seu padrão de vida, o que lhe possibilitará a satisfação de necessidades e a inserção no mercado de trabalho.

A questão relacionada à empregabilidade dos cidadãos está associada à necessidade de obter maior e melhor qualificação profissional, que é essencial para ingressar e ascender no mercado de trabalho. Isso evidencia a relevância do ingresso em curso superior (título acadêmico de graduação) para expressivo segmento da coletividade.

O estudo abaixo mencionado ressalta a relação existente entre a passagem pelo ensino superior e a entrada no mercado de trabalho⁴²:

No decorrer do desenvolvimento vocacional, especialmente no sistema formativo brasileiro, a passagem pelo ensino superior é quase uma unanimidade nas expectativas dos adolescentes e

adultos jovens. Especificamente, para os jovens das classes média e alta parece não existir outra forma de profissionalização ou inserção no mercado de trabalho.

A consequência esperada de expressivo segmento da sociedade interessado na obtenção da formação educacional de nível superior é a expansão das entidades privadas de ensino superior, tendo em vista a atual diretriz da política pública educacional.

O professor Paulo Corbucci assim aborda a questão da falência do Estado no acolhimento dos estudantes na rede pública de ensino superior e, por consequência, a expansão das instituições privadas como instrumento de absorção desses estudantes⁴³:

⁴¹ SCHIESSL, Cláudia Schead.; SARRIERA, Jorge Castellá. Refletindo a questão do ingresso ao ensino superior: dificuldades e expectativas dos jovens de ensino médio. In: SARRIERA, J. C.; ROCHA, K. B.; PIZZINATO, A. (Orgs.). *Desafios do mundo do trabalho: orientação, inserção e mudanças*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p.63-64.

⁴² BARDAGI, Marúcia; LASSANCE, Maria Célia Pacheco; PARADISO, Ângela Carina; MENEZES, Ioneide Almeida. *Escolha Profissional e Inserção no Mercado de Trabalho: Percepções de Estudantes Formandos*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pee/v10n1/v10n1a07.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2013.

⁴³ CORBUCCI, Paulo Roberto. *Financiamento e democratização do acesso à educação superior no Brasil: Da deserção do Estado ao projeto de reforma*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v25n88/a03v2588.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2013.

A incapacidade do poder público federal de ampliar os gastos em educação, em grande medida devida ao processo de ajuste fiscal dos anos de 1990, fez com que não se conseguisse atender plenamente à crescente demanda por educação superior. Esse processo de enfraquecimento do setor público federal foi um dos elementos centrais para a forte expansão na oferta de vagas e o aumento das matrículas no setor privado [...]

O objetivo principal dessa medida foi o de expandir a oferta de vagas sem, no entanto, ampliar a participação da rede federal e, consequentemente, dos gastos da União. Para tanto, foram acelerados e facilitados os processos de autorização, reconhecimento e credenciamento de cursos e instituições do setor privado, por parte do CNE. Com isso, favoreceu-se consideravelmente a expansão desse nível do ensino, por intermédio da iniciativa privada.

Portanto, é de fácil percepção a posição relevante ocupada pelas entidades privadas de ensino superior na prestação do serviço educacional, sendo certo que o Brasil é o maior mercado de ensino superior privado da América Latina e o quinto maior do mundo⁴⁴, o que evidencia a característica de segmento econômico de viés bastante lucrativo.

2.2 A Prestação do Serviço Educacional sem Autorização Estatal

Em razão da alta rentabilidade da prestação do serviço educacional, é, também, expressiva a oferta de curso superior por entidades privadas que não possuem autorização do Ministério da Educação para funcionar.

A sistemática legal, anteriormente abordada, demonstra que a emissão do credenciamento da entidade privada e autorização de funcionamento do curso superior, ambas de competência privativa do Ministério da Educação, antecedem o início do efetivo serviço educacional, que ocorre por meio da realização de aulas.

Não são raras as situações em que entidades privadas procuram ludibriar milhares de estudantes com a promessa da tão almejada obtenção do diploma de graduação, sem a necessária chancela do Poder Público.

As ementas de alguns julgados do Tribunal Regional Federal da 1^a Região evidenciam, de forma ilustrativa, a existência de demandas judiciais sobre a oferta de serviço educacional relacionada a cursos superiores que funcionavam sem prévia autorização do Ministério da Educação⁴⁵:

⁴⁴ GUIMARÃES, Cádia. O lucrativo mercado da educação superior. *Revista POLI: saúde, educação e trabalho*, Rio de Janeiro, nº 29, p. 18-23, jul./ago. 2013.

⁴⁵ A significativa existência de demandas judiciais sobre a prestação de serviço educacional sem autorização do Ministério da Educação pode ser pesquisada nos sítios eletrônicos dos tribunais pátrios. A título de

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. CURSOS DE NÍVEL SUPERIOR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, DA CF. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de estelionato praticado por diretores de instituição de ensino que oferece, sem autorização, cursos de graduação e pós-graduação, haja vista que compete ao Conselho Nacional de Educação, órgão do Ministério da Educação, autorizar o credenciamento de instituições de ensino para ministrarem cursos de nível superior. Existência de ofensa a bens e interesses da União, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal. 2. Ausência de demonstração do prejuízo pelo indeferimento do pedido de quebra de sigilo bancário. O juiz está autorizado a indeferir pedidos de diligências consideradas protelatórias. 3. *Praticam o crime de estelionato os diretores de instituição de ensino que, sem autorização do Ministério da Educação, mantém curso de nível superior, mediante pagamento dos alunos, que foram induzidos em erro pelas informações por eles prestadas.* 4. A autoria e a materialidade delitiva restaram amplamente demonstradas pelo conjunto probatório acostado aos autos, não havendo o acusado apresentado em suas razões elementos a descaracterizá-las. 5. Apelação a que se nega provimento.⁴⁶ (Grifo do autor)

PENAL E PROCESSUAL PENAL - ESTELIONATO - ART. 171 DO CÓDIGO PENAL -MANUTENÇÃO DE CURSO DE TEOLOGIA E SEU OFERECIMENTO AO PÚBLICO COMO SE FOSSE DE NÍVEL SUPERIOR - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA. 1. *Pratica estelionato quem, sem*

exemplo, vale acrescentar os seguintes casos concretos julgados pelo TRF da 5ª Região:

- 1) BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recurso em Sentido Estrito Cível - RSE. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de Estelionato. *RSE nº 00007971920114058308*, Relator Des. Federal Francisco Cavalcanti, Primeira Turma, DJE 19/12/2011.
 - 2) BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Habeas Corpus - HC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de Estelionato. *HC nº 200905000710185*, Relator Des. Federal Lázaro Guimarães, Quarta Turma, DJE 06/10/2009.
 - 3) BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Habeas Corpus - HC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de Estelionato. *HC nº 200905000710185*, Relator Des. Federal Lázaro Guimarães, Quarta Turma, DJE 06/10/2009.
- 46 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal - ACR. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de estelionato. *ACR nº 200739010004855*, Relator Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (conv.), Quarta Turma, e-DJF1 15/09/2011.

nenhuma autorização do Conselho Federal de Educação, mantém curso de teologia e o oferece ao público como se fosse de nível superior, realizando vestibular, recebendo matrículas e expedindo diplomas sem qualquer validade, tudo mediante pagamento dos alunos, que foram ludibriados pelas informações inverídicas divulgadas pelo estabelecimento de ensino. 2. Comprovadas a materialidade e a autoria do delito, e tendo a Apelante plena consciência da ilicitude de sua conduta, em razão das advertências que lhe foram feitas pela Delegacia Regional do MEC, merece ser confirmada a sentença que julgou procedente a denúncia, impondo ao Réu a pena legalmente prevista. 3. Apelação a que se nega provimento.⁴⁷ (Grifo do autor)

2.3 Os Prejuízos Experimentados Pelos Estudantes

A judicialização da questão concernente à prestação de serviço educacional por entidade privada de ensino, sem a prévia e necessária autorização⁴⁸ do Ministério da Educação evidencia, também, a problemática enfrentada pelos estudantes de não conseguirem obter a certificação válida de conclusão do curso superior.

Em diversos casos, apenas na fase final do curso superior, os discentes têm a plena ciência de que não será possível obter a certificação válida de conclusão do curso superior, uma vez que o Poder Público não havia autorizado o seu funcionamento.

A legislação pátria especifica claramente que a validade nacional dos diplomas de conclusão está, também, condicionada ao reconhecimento do curso superior, conforme se pode verificar do disposto no art. 48 da Lei nº 9.394, de 1996⁴⁹, *in verbis*:

Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

Por sua vez, o art. 34 do Decreto 5.773, de 2006⁵⁰, que cuida do assunto em questão, dispõe o seguinte, *in verbis*:

⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal - ACR. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de estelionato. ACR nº 00010679501163008, Relator Des. Federal Osmar Tognolo, Terceira Turma, DJ 11/06/1999.

⁴⁸ A expressão autorização refere-se a prévio e necessário consentimento do Ministério da Educação para prestar serviço educacional, sendo assim mais amplo do que a terminologia legal, cujo vocábulo representa a anuência para abertura de curso superior.

⁴⁹ BRASIL. Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

⁵⁰ BRASIL. Decreto n. 5.773/2006, de 09 de maio de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5773.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

Art. 34. O reconhecimento de curso é condição necessária, juntamente com o registro, para a validade nacional dos respectivos diplomas.

Destarte, a consequência lógica da ausência de reconhecimento do curso superior e a inexistência de autorização de funcionamento da entidade educacional, ambos expedidos pelo Ministério da Educação, é a impossibilidade de o estudante obter a certificação de conclusão válida, não obstante o considerável desperdício de tempo e de recursos financeiros.

O seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1^a Região, consubstanciado na seguinte ementa, demonstra que a expedição do diploma de conclusão do curso superior está condicionada à prévia autorização estatal⁵¹:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR PRIVADO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. CURSO NÃO AUTORIZADO PELO MEC. IMPOSSIBILIDADE. I - As instituições de ensino superior instituídas pela iniciativa privada se inserem no sistema federal de ensino, por força da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de maneira a agirem, em seus atos, por delegação federal, a avocar a competência da Justiça Federal em sede de mandado de Segurança. Jurisprudência consolidada sobre o tema. II - *A ausência de autorização do Ministério da Educação (MEC) para o funcionamento de curso de graduação do ensino superior não confere direito líquido e certo ao impetrante para expedição do diploma, porquanto até aquela autorização as atividades acadêmicas acaso desenvolvidas carecem de validade.* III - Apelação não provida. (Grifo do autor)

Impérioso lembrar que para iniciar suas atividades, as instituições de educação superior devem solicitar o credenciamento junto ao Ministério da Educação.

Para iniciar a oferta de cursos de graduação à sociedade, as faculdades privadas devem obter autorização do Ministério da Educação. Já para obter o reconhecimento do curso superior, as instituições privadas devem ter completado 50% (cinquenta por cento) da sua carga horária⁵².

⁵¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1^a Região. Apelação Cível - AC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Impossibilidade de expedição de diploma. AC nº 0001067-82.2008.4.01.4000/PI, Relator Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 27/05/2013. A leitura do Acórdão na íntegra permite verificar que a Instituição Privada de Ensino não possuía autorização para ofertar o curso superior de Filosofia.

⁵² Credenciamento/Autorização/ Reconhecimento
São modalidades de atos autorizativos: credenciamento e recredenciamento de instituições de educação superior e de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos de graduação.

Credenciamento e Recredenciamento

Para iniciar suas atividades, as instituições de educação superior devem solicitar o credenciamento junto ao MEC. De acordo com sua organização acadêmica, as IES são credenciadas como: faculdades, centros universitários e universidades.

Depreende-se, portanto, que a oferta de um curso superior e, consequentemente, o funcionamento de uma instituição privada de ensino sem a obtenção da autorização Ministério da Educação (credenciamento/autorização/reconhecimento) resulta na ilicitude da prestação do serviço educacional, cuja consequência é a impossibilidade de obter a certificado válido de conclusão do curso superior.

Inobstante a normatização do procedimento a ser observada para a abertura de uma instituição privada de ensino, a legislação pátria não disciplina especificamente a questão sobre a perspectiva de resolução dos problemas causados aos estudantes em face da impossibilidade de obterem certificado válido de conclusão de curso superior, quando o serviço educacional é ofertado sem a anuência do Ministério da Educação.

Por sua vez, o enfrentamento pelo Poder Judiciário dos casos concretos a respeito da irregular prestação do serviço educacional demonstra que as demandas judiciais estão sendo dirimidas sob o enfoque da tipificação da conduta como crime – prática de estelionato pelos diretores ou responsáveis – ou da responsabilidade civil da instituição privada de ensino – e pela fixação de indenização por danos morais e materiais em razão dos danos experimentados pelos estudantes.

Há entendimento do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, por exemplo, analisando demanda judicial sobre a oferta de curso superior sem a prévia autorização do Ministério da Educação, cujo teor demonstra que a lesão aos interesses dos discentes é dirimida sob a ótica da reparação por danos materiais e morais⁵³:

[-]

Autorização

Para iniciar a oferta de um curso de graduação, a IES depende de autorização do Ministério da Educação. A exceção são as universidades e centros universitários que, por terem autonomia, independem de autorização para funcionamento de curso superior. No entanto, essas instituições devem informar à Secretaria competente os cursos abertos para fins de supervisão, avaliação e posterior reconhecimento. (art. 28, § 2º do Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006).

[-]

Reconhecimento e Renovação de Reconhecimento

O reconhecimento deve ser solicitado pela IES quando o curso de graduação tiver completado 50% de sua carga horária. O reconhecimento de curso é condição necessária para a validade nacional dos respectivos diplomas.

BRASIL. Ministério da Educação Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12467&Itemid=783&msg=1>. Acesso em: 22 out. 2013.

53 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4^a Região. Apelação Cível - AC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Fixação por danos materiais e morais. AC nº 5007776-50.2011.404.7204, Relator p/Acórdão Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Terceira Turma, D.E. 16/05/2013. A análise do inteiro teor do acórdão permite verificar que a instituição de ensino estava credenciada pelo Ministério da Educação a funcionar, mas não possuía autorização estatal para oferecer os cursos de Educação Física e Farmácia.

[...]

Conforme se observa do que foi produzido nos autos, *a ré passou a ofertar vagas no curso superior antes da devida autorização do MEC. Em relação ao curso de Educação Física*, houve a sua posterior autorização. No que toca ao curso de Farmácia, foi inicialmente negada a autorização, tendo a requerida apresentado recurso administrativo, havendo notícias do seu provimento (Evento 49) (*sic*), sem a produção dos seus efeitos diante da necessidade de homologação, inexistindo qualquer informação posterior quanto à conclusão do procedimento.

Ora, ainda que já tivesse sido conferida a autorização para o curso de Farmácia, o que não restou demonstrado, os danos aos consumidores já foram concretizados, tendo em vista que houve a prestação de serviço de ensino irregular sem o fornecimento das informações aos alunos, que arcam com o risco de seu investimento de tempo e dinheiro não trazer como retorno o diploma válido para o exercício profissional. Desse modo, eventual posterior concessão da autorização não desnatura os danos já ocasionados, razão pela qual foi considerada a ilicitude da abertura do curso de Educação Física, ainda que posteriormente tenha sido devidamente autorizado.

Ressalte-se, ainda, que a apontada demora do MEC em examinar o seu pedido de autorização não exonera a demandada, que não poderia, diante dessa omissão, simplesmente fornecer o serviço de forma irregular, atitude ainda agravada pela publicidade ostensiva sem a indicação da informação dessa situação. Assim, caberia à ré utilizar-se dos recursos administrativos e judiciais disponíveis para ver cumprida a função administrativa de examinar seu recurso contra o indeferimento da autorização.

Por fim, cumpre destacar que os documentos apresentados pela ré (Evento 8) (*sic*) não logram afastar a sua responsabilidade no caso concreto, seja porque não indicam a efetiva homologação da decisão administrativa, seja porque a presente demanda versa também sobre os danos já efetivados contra os consumidores.

Assim, diante da violação ao dever de informação aos consumidores, bem como em vista o fornecimento do serviço de educação sem a devida autorização, deve ser mantida a condenação da ré.

Ainda, o *quantum* indenizatório não merece reforma, pois guarda proporção com a dimensão do dano causado aos diversos alunos que se matricularam nos cursos da ré. Tal proporção é patente, tendo em vista que o juízo *a quo* inclusive utilizou o número aproximado de alunos que

foram submetidos ao dano, inexistindo razão para reformar o *decisum*. (Grifo do autor)

Inobstante as especificidades dos mais variados cursos superiores, a título exemplificativo, pode-se considerar que o interregno de tempo médio para conclusão de um curso superior é de 5 (cinco) anos, como é possível verificar do curso de bacharelado em Direito⁵⁴.

Já o dispêndio financeiro que o estudante tem quer arcar com o pagamento de todas as mensalidades depende de diversos fatores, como região do País, conceito que a entidade educacional goza no mercado, etc..

Contudo, apenas para permitir uma melhor compreensão fática e pragmática da matéria abordada, o custo financeiro para um estudante concluir o curso de bacharelado em Direito pode ser estimado no valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais)⁵⁵.

A partir da apreciação dos dados referentes ao tempo médio para conclusão de um curso superior (5 anos) e do custo financeiro aproximado para conseguir finalizar a graduação em uma entidade privada (R\$ 90.000,00), afigura-se que os danos causados aos estudos pela prestação irregular de serviço educacional são relevantes para qualquer cidadão comum.

Contudo, a responsabilização civil, por meio da fixação de indenização por danos materiais ou morais, ou mesmo a responsabilização penal dos responsáveis pela oferta irregular do serviço educacional, apesar de serem instrumentos úteis e válidos, não dirimem o problema na perspectiva de o estudante obter o diploma válido de conclusão de curso superior.

Sendo assim, afigura-se que os transtornos causados aos discentes são agravados em face da inexistência de previsão normativa para minorar a problemática envolvendo a impossibilidade de obter o diploma de conclusão do curso superior.

2.4 A Inexistência de Entidade Fiscalizadora

A omissão legislativa sobre o enfrentamento dos danos causados aos estudantes pela prestação de serviço educacional irregular por entidades privadas também pode ser evidenciada pela inexistência de clara indicação de um órgão estatal responsável pela fiscalização preventiva de práticas dessa natureza.

De forma preponderante, o ordenamento jurídico pátrio delimita o exercício do poder de polícia do Ministério da Educação à análise da

⁵⁴ BRASIL. *Ministério da Educação*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2007/rces002_07.pdf>. Acesso em: 22 out. 2013.

⁵⁵ O valor acima apresentado foi calculado a partir da atual mensalidade do curso de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público. Maiores informações estão disponíveis no seguinte sítio eletrônico: <<http://www.idp.edu.br/cursos/graduacao/top/direito/1451-informacoes-gerais>>.

qualidade da prestação do serviço educacional. Entretanto, não parece regulamentar de forma mais ampla a sua atuação nas situações da efetiva oferta irregular de serviço educacional.

Nesse sentido, destaca-se que o Tribunal Regional Federal da 5^a Região, ao analisar demanda judicial sobre o assunto em tela, adotou o posicionamento de que não compete ao Ministério da Educação adotar medida administrativa no sentido de impedir a prestação de serviço educacional sem a prévia anuência estatal⁵⁶:

[...]

Percebe-se, pois, que o papel da União não é repressivo, ou ostensivo, mas sim preventivo. *Não cabe ao MEC, através da CAPES, fechar as portas de uma determinada faculdade porque a mesma está oferecendo cursos sem autorização. Em hipótese alguma poderia a União ser obrigada a “fiscalizar” determinado curso, sem que se lhe tenha apresentado um projeto e sem que um interessado tenha se adequado às normas procedimentais estabelecidas pelo MEC, através da CAPES, para que determinado curso de Mestrado tenha autorização para funcionar.*

Assim, se um curso abre sem autorização do MEC, não cabe a ele ir ao local e fechar suas portas, já que o resultado da sua não aprovação (ou não fiscalização) é justamente a falta de autorização para o curso funcionar como pós-graduação stricto sensu, de forma tal que seus atos jurídicos não terão a mesma eficácia que os atos praticados por um curso regularmente credenciado.

[...]

Veja-se que não é proibido abrir salas de aulas e dar cursos sem autorização do MEC. Vide os vários “cursinhos” para concursos públicos e para o vestibular das universidades. O que ocorre é que o resultado da fiscalização do MEC é tão somente a não-autorização. Mais que isso, somente a polícia ou os órgãos de proteção ao consumidor podem fazer.

[...]

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5^a Região. Apelação Cível em Ação Ordinária. Responsabilidade Civil. União. Fiscalização preventiva. Atos autorizativos. *AC nº 331313/SE (2001.85.00.003633-3)*. Relator Des. Federal Francisco Wildo. DJ 30/11/2004.

Nesse sentido, o dano não pode, nem em tese, ser imputado à União, ou seja, a causa de pedir não tem qualquer ligação com a fiscalização do MEC, que, por meio de sua atuação preventiva, não poderia ter evitado que a universidade ré ministrasse cursos de mestrado alegando estarem tais cursos com autorização do MEC. (Grifo do autor)

Infere-se da leitura do julgado acima transcrito que é incumbência do estudante, antes de ingressar em uma entidade privada de ensino superior, obter informações sobre a regularidade do serviço educacional ofertado.

Apesar da cautela que o estudante deve observar na escolha da instituição de ensino que pretende ingressar, é dever do Estado atuar no sentido de promover a defesa do estudante/consumidor,⁵⁷ inclusive por meio da produção do arcabouço normativo necessário para a regulação da questão em apreço⁵⁸.

Com fundamento no postulado da eficiência e no dever constitucional de salvaguardar os estudantes/consumidores, é imprescindível que o Estado opere de forma proativa no sentido de obstar, com maior efetividade, que entidades particulares de ensino ofertem cursos superiores sem a devida anuência do Ministério da Educação, assim como é sua incumbência a criação de mecanismos para que seja possível aos estudantes o aproveitamento da formação acadêmica obtida pela prestação irregular do serviço educacional.

Assim, afigura-se imprescindível a proposição de modificações tanto no cenário legal vigente como na estrutura orgânica da Administração Pública, tendo em vista a necessidade do enfrentamento eficaz da questão referente à existência do funcionamento de cursos superiores sem a prévia autorização estatal.

⁵⁷ Art. 5º.

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2013

⁵⁸ Por seu turno, quanto ao seu regime, devemos referir que os direitos dos consumidores se dirigem principalmente ao Estado, que deve assegurar a proteção dos consumidores não só através da edição da legislação adequada, mas também através do provimento da correspondente fiscalização levada a cabo pela administração e pelo aparelho judicial.

NABAIS, op. cit.

3 O APRIMORAMENTO AO COMBATE DA PRESTAÇÃO IRREGULAR DO SERVIÇO EDUCACIONAL

3.1 O Aperfeiçoamento da Legislação

A compatibilidade com a ordem jurídica é o critério de aceitabilidade da atuação estatal⁵⁹, pelo que o efetivo exercício do poder de polícia pela Administração Pública requer a prévia existência de lastro normativo para tanto, tendo em vista a sua submissão ao princípio da legalidade no sentido amplo (princípio da juridicidade)⁶⁰, conforme os termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

O efetivo enfrentamento da problemática envolvendo a oferta de curso superior sem a prévia autorização do Estado perpassa a existência de um arcabouço normativo que discipline a sua ampla atuação na seara educacional, notadamente no que se refere ao funcionamento irregular de cursos superiores que sequer possuem qualquer autorização estatal.

Como foi abordado alhures, a Lei nº 9.394, de 1996, e a Lei nº 10.861, de 2004, são omissas na disciplina do exercício do poder de polícia do Ministério da Educação, no tocante à sua atuação destinada a obstar o funcionamento de curso superior sem a prévia autorização estatal.

Assim, em razão dessa ausência de previsão normativa expressa existente no ordenamento jurídico, parece ser imprescindível e desejável a edição de lei com a finalidade precípua de regulamentar a atuação mais ampla do Poder Público na fiscalização da prestação do serviço educacional por entidades particulares.

A proposta acima mencionada do aprimoramento do cenário normativo vigente, sem a necessária reformulação das atribuições legais do Ministério da Educação, decorre da necessidade de enfrentar a prestação irregular do serviço educacional, de forma técnica, contínua e independente, sem eventuais prejuízos decorrentes da periódica alteração do quadro de agentes públicos e da metodologia de trabalho adotada⁶¹.

O aperfeiçoamento da ordem jurídica, notadamente por meio da criação e da disciplina da atuação de entidade pública, com poderes regulamentares e com atribuições de poder polícia para fiscalizar amplamente o serviço educacional prestado por entidades particulares

59 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p.28.

60 Portanto, vigoraria atualmente uma noção de legalidade ampliada, não ligando a Administração Pública somente à lei formal, mas sim a todo um bloco de legalidade, integrado pela Constituição e pelas demais normas e valores constantes do Ordenamento Jurídico. O Princípio da Legalidade passaria, a nosso ver, a significar não apenas a obrigação de atuação da Administração Pública de acordo com a lei, mas sim a atuação de acordo com o Direito.

_____. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Interesse Público*. Minas Gerais, nº 47, 2008. p. 154-156.

61 As alterações dos ocupantes do cargo de Ministro de Estado da Educação e da equipe de agentes públicos podem resultar na alteração significativa dos rumos da política educacional voltada para a solução desse problema.

constitui relevante instrumento de salvaguarda da defesa dos estudantes, conforme será abordado em seguida.

3.2. A Criação de Ente Específico de Fiscalização

Dentre as possíveis inovações normativas que são necessárias para potencializar a salvaguarda dos interesses estudantes, pode-se citar a criação de entidade estatal destinada especificamente a fiscalizar de forma racional e efetiva a atividade educacional desenvolvida por entidade particular, notadamente na situação de oferta de curso superior sem a prévia autorização estatal.

O exercício do poder de polícia dessa entidade pública a ser criada abarcaria tanto a função preventiva – autorizar cursos superiores que demonstrem a qualidade do ensino a ser oferecido – como a função repressiva – fechamento imediato de curso superior que está funcionando superior sem a devida autorização estatal.

O atual panorama sociopolítico brasileiro demonstra que o Estado tem adotado o modelo de descentralização administrativa, sobretudo por meio da criação de agências reguladoras, com a natureza de autarquia especial, tendo em vista a necessidade de atuar de forma específica e técnica na regulação dos variados segmentos da atividade econômica (energia, petróleo, telefonia, dentre outras)⁶².

A relação existente entre a criação das agências reguladoras e o paradigma do Estado Regulador, assim como o contexto do seu surgimento, é delineado por Henrique Ribeiro Cardoso⁶³:

O advento do Estado Regulador, ou mais precisamente a difusão em nível mundial da regulação, situa-se num processo global de revisão das funções estatais. A administração pública retrai-se no exercício das atividades econômicas de natureza privada, deixando ao particular a prestação de serviços públicos ou de interesse público, e passa a exercer, mais fortemente, uma intervenção nestes serviços, doravante prestados por empresas privadas. É a passagem do Estado produtor ao Estado regulador; interventor, no entanto em ambos os casos.

[...]

⁶² A instituição de agências vem sendo difundida na prática sociopolítica brasileira. Após a criação das três agências modernas (ANEEL, ANATEL E ANP), o que se passou quase contemporaneamente, começaram a surgir outras entidades similares. Nos últimos tempos, intensificou-se essa prática, de modo a ser possível contar quase uma dezena de figuras no horizonte jurídico pátrio.

JUSTEN FILHÓ, op. cit., p. 328.

⁶³ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 85/86.

No Brasil, a adoção de maiores poderes de regulação, culminando com a criação de agências reguladoras, transferindo à administração indireta parte dos poderes antes exercidos pela administração direta [...]

Diferentemente de outras áreas de atuação estatal, a organização administrativa da Administração Pública Federal no exercício do poder de polícia da prestação da atividade educacional de nível superior é concentrada no Ministério da Educação, não existindo agência reguladora ou outra espécie de autarquia federal que fiscalize a oferta de curso superior por entidade privada⁶⁴⁶⁵.

Como o serviço educacional prestado por entidade particular de ensino caracteriza-se como atividade econômica, não existiria óbice que a União exercesse a fiscalização desse segmento não mais, diretamente, por intermédio do Ministério da Educação, mas de forma descentralizada, por meio de entidade pública criada especificamente para esse fim (por exemplo: agência reguladora).

A opção pela criação de agência reguladora para disciplinar e fiscalizar a atividade educacional prestada por entidades particulares decorre das nuances próprias que permeiam a sua atuação – atuação técnica, competência normativa, autonomia no desempenho de suas competência, etc. –, sendo certo que inexiste óbice do ponto de vista legal para a instituição de autarquia ou mesmo a criação de órgão específico da Administração Pública direta para atuar nesse segmento da atividade econômica⁶⁶.

Apesar da impossibilidade material de o Estado estar onipresente em todos municípios do Brasil, cujas dimensões são continentais, a criação de agência reguladora, destinada fiscalizar a regularidade dos cursos superiores ofertados por entidades privadas, constituiria instrumento

⁶⁴ O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE (criado por meio da Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968), o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP (criado por meio da Lei nº 9.448, de 14 de março de 1997), a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES (criado por meio da Lei nº 11.502, de 11 de julho de 2007) são entidades públicas vinculadas ao Ministério da Educação, mas que não exercem a função de fiscalizar a existência de autorização estatal para o funcionamento de curso superior ofertado por instituição privada de ensino.

⁶⁵ Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.372/2012, cujo teor trata da criação do Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior – INSAES, que será uma autarquia federal destinada a supervisionar e avaliar instituições de educação superior e cursos de educação superior no sistema federal de ensino, e certificar entidades benfeicentes que atuem na área de educação superior e básica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=554202>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

⁶⁶ [...] Não existe homogeneidade na configuração do regime jurídico das diversas agências reguladoras independentes. Isso permite, inclusive, a variação de intensidade e da extensão da sua autonomia. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 343.

relevante na tutela dos estudantes (que também são consumidores⁶⁷), tendo em vista a sua atuação pautada em critérios técnico-educacionais⁶⁸.

O art. 37, inciso XIX, da Constituição da República⁶⁹, dispõe que é necessária a edição de lei para criação de autarquia, sendo certo que a agência reguladora é compreendida como espécie de autarquia especial.

Destarte, a criação de agência reguladora na área educacional, cuja função abrange a fiscalização contínua da prestação do serviço educacional por entidades privadas⁷⁰, notadamente no que se refere à existência de autorização estatal para ofertar curso superior, demandaria a edição de lei nesse sentido.

A respeito da obrigação da edição de lei para criar agência reguladora, que integra a Administração Pública indireta, Marçal Justen Filho assevera⁷¹:

[...]

A exigência de lei se consubstancia na primeira manifestação do controle mantido pela ordem jurídica sobre a agência. Ao submeter a criação da agência à disciplina legislativa, propicia-se a manifestação formal e específica dos representantes do povo acerca da concentração de certos poderes em determinada instituição, cujo funcionamento se norteará por princípios específicos e com margem peculiar de independência. Cabe ao Poder Legislativo apreciar a compatibilidade dessa solução com os interesses coletivos.

[...]

Os postulados acima deduzidos têm sido observados, aos menos em seus termos fundamentais, no Brasil. *Todas as agências reguladoras ou*

⁶⁷ Vemos, assim, que a proteção dos consumidores certamente constitui um interesse primário das agências reguladoras. Juntamente como ele há, contudo, uma série de interesses, também primários, que devem ser tutelados e compatibilizados sem qualquer ordem hierárquica de preponderância previamente estabelecida. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 293.

⁶⁸ O caráter técnico da atuação das agências reguladoras se revela através dos requisitos de formação técnica que a lei impõe aos seus dirigentes e, principalmente, pelo fato dos seus atos e normas demandaram conhecimento técnico científico especializado para que possam ser emanados, aplicados e fiscalizados. ARAGÃO, op. cit., p. 323.

⁶⁹ Art. 37 [...] XIX – Somente por lei específica poderá ser criada autarquia [...];

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2013.

⁷⁰ Seja qual for a classificação da agência quanto à atividade regulada (cf. Item 8.5), todas as leis que as instituíram preveem o desempenho por parte delas de competência fiscalizatórias sobre as agências econômicas que se encontram no seu âmbito de atuação.

Aragão, op. cit., p. 317.

⁷¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 413.

entidades dotadas de alguma margem de autonomia têm sido instituídas através de lei. (Grifo do autor)

A criação de uma agência reguladora, como instrumento de fiscalização da política educacional fundada na expansão do ensino superior privado, coaduna-se com o princípio constitucional da eficiência, porquanto permite uma atuação do poder de polícia de forma técnica e especializada⁷², especialmente no tocante à coibição da oferta de curso superior sem a prévia autorização estatal⁷³.

Os argumentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁷⁴ sobre a observância do princípio da eficiência pelo Estado pode também ser exteriorizada por meio da criação de agência reguladora com atribuições singulares e de cunho técnico, que atue como agente regulador e normativo de determinado segmento econômico, o que poderia englobar a prestação do serviço educacional por entidade privada:

[...]

Está aí, assim, o fulcro da eficiência e desta como base constitucional para uma delegação de poder às agências, bem como de seus limites por força da sua responsabilidade pela solidariedade de meios e fins por atos normativos e reguladores. Afinal, o princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados e não apenas na sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade). Por assim dizer, é um princípio para fora e não para dentro. Não é um princípio condição, mas um princípio fim, isto é, não impõe apenas limites (condição formal de competência), mas impõe resultados (condição material de atuação). Por seu intermédio, a atividade administrativa continua submetida à legalidade, muito mais, porém, à legalidade enquanto relação solidária entre meios e fins e pela qual se responsabiliza o administrador.

⁷² [...] é típico da atividade regulatória que o ente regulador seja detentor de profundo conhecimento sobre o setor regulado e que, portanto, sua atuação seja focada na sua área de especialidade. Nesse sentido, a especialidade se presta não apenas a garantir maior eficiência regulatória, como também se põe como um instrumento para reduzir a assimetria informacional (entendida como o déficit existente entre o patamar de informações que o regulado possui sobre a atividade em relação ao arcabouço de informações acervadas pelo regulador). A especialidade, portanto, relaciona-se diretamente com a legitimação técnica dos entes reguladores.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 48/49.

⁷³ O Projeto de Lei nº 4.372/2012, em trâmite no Congresso Nacional, não estabelece competência ao INSAES para impedir entidade privada de oferecer curso superior sem autorização estatal.

⁷⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Como regular agências reguladoras?. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 7-23 , jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=55007>>. Acesso em: 31 out. 2013.

Entende-se, assim, a possibilidade de que uma delegação (instrumental) venha a inserir-se na competência do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, basicamente nas funções de fiscalização e incentivo, ambas em termos do princípio da eficiência. Ou seja, o princípio da eficiência exige que a Administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada sob pena de paralisia. Isto é, é impossível exigir-se eficiência da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes. A especialização técnica é exigência da eficiência.

Assim, considerando o crescimento do ensino superior privado e os diversos casos de prejuízos causados aos discentes, tem-se que a criação de agência reguladora traduz relevante instrumento de implementação da política pública educacional, tendo em vista que a sua atuação é pautada na especialização técnica, o que pode traduzir maior eficiência no exercício do poder de polícia relacionada à atividade privada educacional.

3.3 A Possibilidade de Convalidação dos Estudos

Além da maior eficácia na fiscalização do segmento educacional, a instituição de agência reguladora constituiria meio adequado para a resolução do imbróglio causado aos estudantes em razão da não obtenção da certificação válida de conclusão do curso superior.

Como foi abordado alhures, a prestação do serviço educacional sem a prévia chancela estatal implica impossibilidade de obtenção do diploma, sendo certo que o conjunto normativo existente não disciplina claramente essa questão na perspectiva de resolução da situação do estudante.

Em face às peculiaridades relacionadas à prestação do serviço educacional sem a devida autorização estatal, inclusive no que tange à qualidade do ensino ofertado e do processo de aprendizagem, a possibilidade de aproveitamento do conhecimento adquirido pelos estudantes deve ser objeto de rígida regulamentação técnica, tendo em vista as peculiaridades que envolvem a formação acadêmica nos cursos superiores oferecidos.

As peculiaridades técnico-educacionais que envolvem a verificação da aprendizagem dos alunos que ingressaram em curso superior não autorizado pelo Ministério da Educação podem ser objeto de regulamentação, por meio do poder normativo da agência reguladora⁷⁵,

75 A autonomia das agências no desenvolvimento de suas funções envolve uma análise acerca de suas competências para aplicação do Direito. A expressão pode ser interpretada em termos amplos, quer para indicar a produção de normas abstratas como também para referir o processo de individualização da norma concreta destinada a reger uma situação específica. As agências exercitam não apenas competências de cunho normativo. Também são titulares de outras funções tipicamente administrativas, de cunho autoritativo, com perfil amplamente conhecido no âmbito do Direito Administrativo.

JUSTEN FILHO, op. cit., p. 482.

que disciplinaria os critérios para o aproveitamento dos estudos realizados na situação de irregularidade⁷⁶.

A respeito do caráter normativo das agências reguladoras fundadas na regulamentação de matérias de cunho técnico e da sua relevância no atual contexto da complexidade do progresso social, vale colacionar os ensinamentos de Alexandre Santos de Aragão⁷⁷:

A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescer ao fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.

[...]

Sob o prisma da organização do aparato administrativo, o florescimento dos ordenamentos setoriais desenvolvidos por agências independentes faz com que aquele dificilmente retorne ao caráter unitário projetado nos oitocentos, e que já começara a ruir com o advento dos entes locais autônomos e das entidades da administração indireta. Com o avanço da pluralidade e complexidade, inclusive tecnológica, da sociedade, este processo fragmentário da administração pública chegou a um ponto ótimo com o surgimento, por imposições práticas, teoricamente elaboradas, dos órgãos e entidades independentes, ou seja, dotados de uma verdadeira autonomia.

Deste modo, a averiguação da possibilidade de convalidação da aprendizagem ocorrida na situação da prestação do serviço educacional sem autorização estatal pode ser equacionado por meio do poder normativo das agências reguladoras, que fundado na discricionariedade técnica⁷⁸, estaria apto a normatizar o procedimento a ser seguido para dirimir as

⁷⁶ A possibilidade de aproveitamento da aprendizagem do conhecimento obtido pelo aluno não constitui matéria estranha na seara educacional, conforme se pode verificar do Parecer normativo nº 23/96, elaborado pelo Ministério da Educação, por meio do Conselho Nacional de Educação.

Contudo, o referido parecer não aborda a possibilidade de convalidação de estudos dos alunos, quando ocorre a conclusão de curso superior sem autorização estatal.

Brasil. Ministério da Educação. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12808&Itemid=866>. Acesso em: 07 nov. 2013.

⁷⁷ ARAGÃO, op. cit., p. 386/387.

⁷⁸ O parâmetro fundamental norteador das decisões das agências não é a vontade, mas sim a racionalidade. Sob esse prisma é que se pode diferenciar a dita discricionariedade técnica própria das agências daquela comum, generalizada no âmbito da atividade administrativa do Estado. Toda e qualquer decisão produzida pela agência está sujeita a um requisito de racionalidade técnico-científica. Ainda quando se possa (e deva) reconhecer margem de autonomia de escolha, a seleção por uma alternativa dentre várias somente se justifica como válida em face de um juízo de racionalidade.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 273-301, abr./jun. 2003.

mais variadas situações causadas aos estudantes no sentido de viabilizar a obtenção da certificação de conclusão válida do curso superior.

Face à necessidade de tutelar a situação atual dos estudantes que não podem obter a certificação válida do curso superior em razão da irregularidade da entidade privada de ensino e considerando os percalços que envolveriam a criação e a efetiva operacionalização de agência reguladora, seria recomendável, como solução provisória e paliativa, que o Ministério da Educação, por meio do Conselho Nacional de Educação⁷⁹, editasse portaria normativa sobre a matéria.

Apesar da agência reguladora, por meio do seu poder normativo, representar o instrumento mais eficaz para dirimir o problema em questão, é necessário que o Ministério da Educação, mesmo diante das suas limitações, discipline o aproveitamento da aprendizagem ocorrida em instituição privada de ensino superior que não possui autorização estatal, visto que essa situação requer o seu imediato enfrentamento⁸⁰.

3.4 A Criminalização Da Atividade Educacional Irregular

Além da criação de agência reguladora destinada a exercer o poder de polícia na seara educacional, a inovação legal⁸¹ no sentido da criação específica de sanções de natureza penal constituem meios hábeis a coibir a prática de oferta de curso superior aos estudantes sem a imprescindível autorização estatal.

O significativo dispêndio de tempo e de recursos financeiros dos estudantes assim como a frustração resultante da impossibilidade

79 O art. 7º, caput, da Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995, que alterou a Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, e o art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, textualizam claramente que o CNE possui atribuições normativas:

Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961.

Art. 7º O Conselho Nacional de Educação, composto pelas Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior, terá atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro de Estado da Educação e do Desporto, de forma a assegurar a participação da sociedade no aperfeiçoamento da educação nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.131, de 1995)

Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996.

Art. 9º - [...]

§ 1º Na estrutura educacional, haverá um Conselho Nacional de Educação, com funções normativas e de supervisão e atividade permanente, criado por lei.

80 Apesar de significativas diferenças, o procedimento de revalidação de diploma de graduação expedido por instituição de ensino estrangeira, que é disciplinado pela Resolução CNE/CES nº 01, de 28 de janeiro de 2002, poderia ser adaptado e utilizado para permitir o aproveitamento de aprendizagem ocorrido na situação de irregularidade do serviço educacional.

81 O Direito Penal moderno se assenta em determinados princípios fundamentais, próprios do Estado democrático de Direito, entre os quais sobreleva o da legalidade dos delitos e das penas, da reserva legal ou da intervenção legalizada, que, enunciado no art. 1º do Código Penal, tem base constitucional igualmente expressa (art. 5º, XXXIX, CF).

A sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (stricto sensu).

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 140.

de obtenção do certificado de conclusão válido evidencia o desvalor da conduta praticada no sentido de ludibriar universo significativo de pessoas que ingressam em curso superior ofertado por entidade privada sem a prévia chancela do Poder Público.

Acrescente-se, ainda, que a prestação do serviço educacional sem autorização estatal implica dano em dimensão transindividual, pelo que a proteção da sociedade e a manutenção da pacificação social deve também ocorrer por meio da tutela penal⁸², haja vista a dimensão e a relevância do bem jurídico a ser protegido – direito dos estudantes de obterem o diploma válido de conclusão de curso superior.

Em relação à viabilidade da salvaguarda dos direitos dos estudantes/consumidores, que podem ser compreendidos como a tutela de interesses metaindividuais, por meio do Direito Penal, cumpre citar os argumentos doutrinários abaixo transcritos⁸³:

As infrações contra as relações de consumo, assim como as demais de Direito Econômico (delitos contra o meio ambiente, dentre outros), são infrações de massa, contra a coletividade, atentando contra interesses coletivos e difusos, e não só contra bens individuais como a saúde e a vida das pessoas.

Possuem, no dizer de José Henrique Pierangelli, caráter plurifensivo, que “obriga ao rompimento com princípios e regras assentes no direito penal liberal.”

No tocante ao bem-interesse protegido, o Direito Penal do Consumidor difere sensivelmente da dogmática tradicional.

Como acentua Juan Bustos Ramirez, os bens próprios ao direito penal tradicional eram de fácil determinação, porque surgiam ligados diretamente à pessoa e sua ofensa se mostrava particularizada e precisa (dano à saúde, à vida, ao patrimônio do indivíduo). Tinham um caráter microsocial, referindo-se a relações de pessoa(s) a pessoa(s), sendo de fácil delimitação.

⁸² O Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica. Para sancionar as condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos fundamentais, a lei penal se utiliza de peculiares formas de reação – penas e medidas de segurança.

Nesse particular aspecto, cabe salientar que, mais que um instrumento de controle social normativo – primário e formalizado –, assinala-se à lei penal uma função de proteção e de garantia. Entretanto, tem sido destacado, com razão, que o Direito Penal esta se convertendo, cada vez mais, em um instrumento de direção ou orientação social, sobretudo em matéria de tutela de bens jurídicos transindividuals.

PRADO, op. cit., p.65.

⁸³ LECEY, Eladio. A tutela penal do consumidor e a criminalização da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 26, p. 77, abr. 1998.

Com a vida moderna e seu dinamismo, em especial no âmbito econômico, se chegou à configuração de bens jurídicos que não estão ligados diretamente à pessoa, dizendo mais com o funcionamento do sistema. É o caso de bens como a qualidade do consumo e o meio ambiente, dentre outros, bens jurídicos de determinação mais difícil, pelo que denominados de bens difusos.

Ditos bens tem relação com “todas e cada uma das pessoas do sistema social”. A ofensa ao meio ambiente não diz como uma pessoa mas com a coletividade, incidindo difusamente. Há uma acentuada danosidade social. Se movem, na lição do citado Professor Ramirez, no âmbito macrossocial.

Em razão da acentuada danosidade coletiva e macrossocial é que se mostra indispensável, como *última ratio* a tutela penal das relações de consumo, como resposta social, instrumento de pressão e de prevenção, para que haja efetividade às normas gerais que as protegem.

Assim, o próprio “Direito Penal Mínimo”, reservando a (mínima) intervenção do direito criminal às mais expressivas infrações, há de orientar à criminalização daquelas condutas, justamente em razão da já destacada danosidade macrossocial.

Vale lembrar que a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que estatuiu o Código de Defesa de Consumidor, apresenta rol de infrações penais referentes às relações de consumo, motivo pelo qual é possível asseverar que a tutela do estudante também pode ser disciplinada pelo Direito Penal⁸⁴.

É importante distinguir que, apesar dos arts. 171 e 175 do Código Penal brasileiro estabelecerem que a obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, por meio de erro de outrem constitui crime de estelionato

⁸⁴ Podemos definir o direito penal do consumidor como o ramo do direito penal econômico que, ao sancionar certas condutas praticadas no mercado, visa garantir o respeito aos direitos e deveres decorrentes do regramento civil e administrativo que orienta as relações entre fornecedores e consumidores. Seu objetivo principal, pois, é sancionar, como alavanca instrumental, certas condutas desconformes (não todas) que ocorrem no relacionamento entre o consumidor e o fornecedor.

Ao lado de medidas de direito privado que garantam o reequilíbrio entre o profissional forte e o consumidor desarmado, impõe-se a intervenção do direito penal, já que os abusos de consumo afetam toda a sociedade e, por isso mesmo, exigem também uma resposta social. O próprio consumo, ninguém nega, é, em si, um fenômeno supraindividual (ora difuso, ora coletivo). “A produção e distribuição em massa produziram um consumo mais e mais coletivo”. Esse distintivo massificado (supraindividual, portanto), como veremos, repercute profundamente nas características e no modo como os tipos penais de consumo são formulados. BENJAMIN, Antônio Herman V. *O Direito Penal do consumidor*: Capítulo do Direito Penal Econômico. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1187, abr. 2011.

e de fraude ao comércio⁸⁵, a tipificação desse tipo de comportamento visa proteger preponderantemente o bem jurídico referente ao patrimônio individual das pessoas⁸⁶.

Por sua vez, a conduta referente à prestação de serviço educacional à coletividade sem a prévia autorização estatal representa fraude que tem o potencial lesivo macrossocial, além de vulnerar a credibilidade perante a sociedade da eficácia do poder de polícia exercido pela Administração Pública, motivo pelo qual seria adequada a tipificação penal específica desse tipo de comportamento.

Assim, a tipificação da oferta de curso superior por entidade privada sem autorização do Ministério da Educação⁸⁷, eventualmente com a previsão de penas mais severas do que as previstas para o estelionato e fraude ao comércio, podem constituir meio hábil a coibir esse tipo de prática, haja vista o seu caráter pedagógico.

A respeito da coerção penal como relevante instrumento de prevenção de comportamentos tipificados como ilícito, vale citar os ensinamentos de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁸⁸:

[...]

A coerção penal se distingue do resto da coerção jurídica porque - como dissemos - procura evitar novos delitos com a prevenção especial ou a reparação extraordinária.

A lei penal em sentido estrito é a que associa a uma conduta uma pena: lei penal em sentido amplo é a que abarca todos os preceitos jurídicos que precisam as condições e limites do funcionamento desta relação.

⁸⁵ Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

Art. 175 - Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor:

I - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

II - entregando uma mercadoria por outra:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013.

⁸⁶ O bem jurídico tutelado é a especial proteção do patrimônio em relação aos atentados perpetrados mediante fraude. E ainda, para alguns, a segurança, a fidelidade, e veracidade das relações jurídicas que gravitam em torno do patrimônio.

PRADO, op. cit., p. 471.

⁸⁷ O tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descriptiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: v. 1: Parte Geral, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 387.

⁸⁸ Ibidem, p. 98.

A pena não pode perseguir outro objetivo que não seja o que persegue a lei penal e o direito penal em geral: a segurança jurídica. A pena deve aspirar a prover a segurança jurídica, pois seu objetivo deve ser a prevenção de futuras condutas delitivas.

Afirma-se que a prevenção de futuras condutas delitivas pode ser alcançada ou pretender-se alcançá-la mediante a prevenção geral ou a prevenção especial.

Para uns a prevenção se realiza mediante a retribuição exemplar e é prevenção geral, que se dirige a todos os integrantes da comunidade jurídica. Para outros, a prevenção deve ser especial, procurando com a pena agir sobre o autor, para que aprenda a conviver sem realizar ações que impeçam ou perturbem a existência alheia.

Destarte, tem-se que tipificação penal específica da conduta alusiva à oferta de curso superior sem a prévia autorização do Estado constituiria instrumento válido na coibição dessa prática e, consequentemente, na proteção dos estudantes.

Contudo, é importante destacar que o imprescindível detalhamento dos aspectos penais – como as nuances do tipo penal proposto, a responsabilidade penal, os tipos de penas a serem aplicadas, dentre outros aspectos – refoge ao âmbito do presente trabalho, que se ocupa de problema distinto. Assim, esclarece-se que tais questões são apresentadas de forma exclusivamente indicativa e propositiva, pois merecem ser objeto de análise e aprofundamento em trabalho específico.

3.5 A Conscientização e Participação Ativa dos Cidadãos

Além das inovações normativas acima citadas, como meios hábeis a coibir a prática da prestação irregular do serviço educacional, é necessário que o Estado adote a praxe de disseminar campanhas educativas voltadas a orientar e estimular a sociedade a respeito da necessidade de verificar a situação de regularidade da instituição de particular de ensino perante o Poder Público.

É de fundamental importância a participação direta do cidadão na fiscalização da regularidade e da qualidade do serviço educacional oferecido por entidade privada, tendo em vista que a qualificação acadêmica dos estudantes constitui matéria de interesse de toda coletividade.

A consecução de um Estado, fundado na democracia, perpassa a tomada de consciência das pessoas de que o enfrentamento e a resolução de diversos problemas existentes requer o exercício da cidadania participativa, no sentido dos cidadãos participarem de forma efetiva na fiscalização e denúncia da prática de irregularidades perpetradas por entidades privadas de ensino.

O estudo realizado por André de Luis Carvalho Brum⁸⁹ sobre a relevância do exercício da cidadania demonstra o importante papel da atuação conjunta do cidadão com o Estado no combate das irregularidades existentes e na construção de uma sociedade ordeira e desenvolvida:

[...] A população não pode acreditar que basta delegar responsabilidades e virar as costas, aguardando as benesses prometidas; é necessário entender, fiscalizar, mas antes de tudo preparar-se para delegar poderes com sabedoria. É preciso, enfim, que cada brasileiro adote uma postura de plena cidadania, assumindo-se como co-responsável pela coletividade, e vendo seu próprio bem como razão precípua dos poderes instituídos, rompendo o espírito patriarcal e o distanciamento entre governo e governados, que macula as relações políticas brasileiras desde o período colonial.

[...]

A própria assunção do Estado, de que não pode prescindir do compartilhamento de atribuições, demonstra que a sociedade também não pode negar seu papel de fiscalizador e co-responsável pela administração do país. Como se vê, a cômoda perspectiva de cidadania pelo pagamento de impostos, exercício do voto e posse de direitos, discutidas no segundo capítulo deste estudo, não poderá prevalecer num país que se pretende democrático de fato.

A constatação lógica de que a Administração Pública não se pode fazer onipresente, ao menos em termos de fiscalização efetiva, em todas as localidades do Brasil demonstra a relevância da conscientização e da participação concreta da sociedade na fiscalização da regularidade do serviço educacional ofertado por entidade privada.

Apesar da restrição de atuação do Ministério da Educação, por meio do seu poder de polícia, diante do funcionamento de curso superior sem autorização estatal, é de fundamental importância que o MEC atue intensamente na divulgação de campanhas educativas no sentido de conscientizar os estudantes da necessidade de averiguar a idoneidade do curso superior e da entidade educacional junto ao Poder Público, estimulando a efetiva participação da sociedade no combate da prestação do serviço educacional irregular.

Dessa forma, afigura-se a relevância da problemática envolvendo a prestação irregular do serviço educacional por entidade privada, que revela a necessidade do seu enfretamento de forma mais eficaz, inclusive por meio de inovação normativa, referente à criação de agência reguladora e a criminalização da referida conduta, bem como pela participação ativa da sociedade no combate ao funcionamento de cursos superiores sem a prévia autorização estatal.

⁸⁹ BRUM, André de Luis Carvalho. *Estado e Cidadania: A sociedade mobilizada para eficiência do poder público*. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k214307.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2013.

4 CONCLUSÃO

Diante dos argumentos acima articulados, afigura-se que a expansão do ensino superior privado, em razão do seu enquadramento como atividade econômica bastante lucrativa, resultou no surgimento de entidades particulares que oferecem serviço educacional sem qualquer autorização do Poder Público.

A Lei nº 9.394, de 1996, e a Lei nº 10.861, de 2004, que são os diplomas normativos que cuidam do exercício do poder de polícia, no âmbito do serviço educacional, inclusive o prestado por entidades particulares, explicitam que a atuação do Ministério da Educação está mais claramente adstrita à fiscalização das entidades que integram o sistema federal de ensino.

Portanto, em face da inexistência de previsão legal, não existe órgão público encarregado especificamente de coibir a prática da prestação de serviço educacional por entidade particular de ensino superior que não detém qualquer autorização do Poder Público.

A consequência da prestação irregular do serviço educacional por instituição privada pode ser mensurada nos danos causados aos alunos que não conseguem obter o certificado válido de conclusão do curso superior, apesar do significativo dispêndio de recursos financeiros e de tempo.

Ademais, os prejuízos experimentados pelos discentes é agravado em razão da omissão normativa relacionada à possibilidade de aproveitamento ou convalidação da aprendizagem ocorrida nessa condição de irregularidade.

Dessa forma, a segurança jurídica, a fidúcia e a boa-fé objetiva na relação contratual mantida entre entidades particulares de ensino superior e os seus alunos resta vulnerada, porquanto não existe a possibilidade da entrega do certificado válido de conclusão do curso superior.

É possível asseverar que o enfretamento dessa questão apenas sob a perspectiva da fixação de danos morais e materiais em razão dos prejuízos causados aos estudantes ou mesmo o enquadramento do fato como crime de estelionato não são suficientes para tutelar os interesses dos discentes, razão pela qual é imprescindível o aperfeiçoamento da atuação do Estado.

O enfrentamento eficiente da propagação da abertura de cursos superiores sem a obtenção da prévia autorização estatal e das questões correlatas perpassa o aprimoramento do arcabouço normativo, no sentido de que haja a devida disciplina da atuação do Poder Público na seara educacional, notadamente no que se refere à contenção da prestação irregular do serviço educacional.

Como já ocorre na regulação de outros segmentos da atividade econômica, o modelo de descentralização administrativa adotado pelo Estado, por meio da criação de agência reguladora, por exemplo, deve ser seguido também na atividade educacional.

A criação de agência reguladora constituiria instrumento relevante na fiscalização da política educacional fundada na expansão do ensino superior privado, coadunando-se com o princípio constitucional da eficiência, porquanto permite uma atuação do poder de polícia de forma técnica e especializada, inclusive no combate à abertura de curso superior sem a prévia autorização estatal.

Além de emprestar maior eficácia na fiscalização do segmento educacional, a criação de agência reguladora constituiria meio adequado para dirimir uma das consequências danosas da prestação irregular do serviço educacional, qual seja: a impossibilidade dos estudantes obterem a certificação válida de conclusão do curso superior.

A relevância da criação de agência reguladora pode ser vislumbrada em razão do seu poder normativo que, fundado na discricionariedade técnica, permitiria equacionar as mais variadas situações, viabilizando, inclusive, a normatização de procedimento a ser observado para averiguar a possibilidade de convalidação da aprendizagem ocorrida na situação do estudante frequentar curso superior que não possui autorização estatal.

É possível citar a criminalização da prestação irregular de serviço educacional como outro meio hábil a coibir a prestação irregular do serviço educacional, haja vista que essa prática vulnera a credibilidade da eficácia do poder de polícia exercido pela Administração Pública, além de representar fraude de potencial lesivo macrossocial.

Destarte, é possível que a proteção dos estudantes ocorra por meio da tutela penal, no sentido de tipificar como crime a prática da abertura de curso superior sem autorização estatal, tendo em vista a dimensão metaindividual dos danos causados e a relevância do bem jurídico a ser protegido – direito dos estudantes de obterem o diploma válido de conclusão de curso superior.

Não obstante a relevância das inovações legais acima mencionadas e diante da constatação lógica de que a Administração Pública não se pode fazer onipresente em todas as localidades do Brasil, que é um país de dimensões continentais, é imprescindível que haja a participação direta de todos os cidadãos na fiscalização da regularidade e da qualidade do serviço educacional prestado por entidade particular.

Sendo assim e considerando os argumentos fáticos e jurídicos expostos no presente trabalho, tem-se que o surgimento da prestação irregular do serviço educacional por entidade privada, que oferece curso superior sem integrar o sistema federal de ensino, deve ser enfrentado pelo Poder Público com a devida relevância, visto que a educação de qualidade é de fundamental importância para o desenvolvimento da sociedade.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 4, out. 2011.
- ALVES, Mariana Gaio; ALVES, Natália; CHAVES, Miguel. Inserção profissional e razões de ingresso e reingresso no ensino superior: um ponto de partida para uma temática em aberto. *Sociologia, Problemas e Práticas*. Oeiras, n. 69, maio 2012. Disponível em: <http://www.scielo.gpearl.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65292012000200007&lng=pt&nrm=iso>.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Direito dos serviços públicos*. Forense: Rio de Janeiro, 2007.
- _____. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 65, out. 2008.
- _____. *O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 859, maio 2007.
- _____. O Princípio da Eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 4, ano 2, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12549>>.
- BARDAGI, Marúcia; LASSANCE, Maria Célia Pacheco; PARADISO, Ângela Carina; MENEZES, Ioneide Almeida. *Escolha Profissional e Inserção no Mercado de Trabalho: percepções de estudantes formandos*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pee/v10n1/v10n1a07.pdf>>.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. *O Direito Penal do consumidor*: capítulo do Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, abr. 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.
- _____. *Lei n. 5.172, 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>.

_____. *Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>.

_____. *Lei n. 10.861/2004, de 14 de abril de 2004*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.861.htm>.

_____. *Decreto n. 5.773/2006, de 09 de maio de 2006*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-006/2006/Decreto/D5773.htm>.

_____. *Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira*. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/resumo_tecnico/resumo__tecnico__censo__educacao__superior_2011.pdf>.

_____. *Ministério da Educação*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12467&Itemid=783&msg=1>. Acesso em: 09 set. 2013.

_____. *Ministério da Educação*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2007/rces002_07.pdf> Acesso em: 22 out. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal na 4ª Região. Apelação Cível - AC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Dever de diligência de estudante. *AC nº 200004010265417*, Relator Des. Federal Alcides Vettorazzi, Quarta Turma, DJ 22/11/2000.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível - AC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Fixação por danos materiais e morais. *AC nº 5007776-50.2011.404.7204*, Relator p/Acórdão Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Terceira Turma, D.E. 16/05/2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal - ACR. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de estelionato. *ACR nº 200739010004855*, Relator Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (conv.), Quarta Turma, e-DJF1 15/09/2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal - ACR. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de estelionato. *ACR nº 0001067-9501163008*, Relator Des. Federal Osmar Tognolo, Terceira Turma, DJ 11/06/1999.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível - AC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Impossibilidade de expedição de diploma. *AC nº 0001067-82.2008.4.01.4000/PI*, Relator Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 27/05/2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 5^a Região. Apelação Cível. Responsabilidade Civil. União. Fiscalização preventiva. Atos autorizativos. *AC nº 331313/SE (2001.85.00.003633-3)*. Relator Des. Federal Francisco Wildo. DJ 30/11/2004.

BRUM, André de Luis Carvalho. *Estado e Cidadania: A sociedade mobilizada para eficiência do poder público*. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k214307.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORBUCCI, Paulo Roberto. *Financiamento e democratização do acesso à educação superior no Brasil: da deserção do Estado ao projeto de reforma*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v25n88/a03v2588.pdf>>.

CRUZ, Caroline Menegon da. A boa-fé objetiva no direito civil brasileiro. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./abr. 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Como regular agências reguladoras?. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55007>>. Acesso em: 31 out. 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Código Tributário Nacional Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. Saraiva: São Paulo, 2008.

GUIMARÃES, Cátia. O lucrativo mercado da educação superior. *Revista POLI: saúde, educação e trabalho*, Rio de Janeiro, n. 29, jul./ago. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Agências Reguladoras e Democracia: existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003.

LECEY, Eladio. A tutela penal do consumidor e a criminalização da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 26, abr. 1998.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Poder de Polícia da Economia e Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Público*. São Paulo, nº 67, jul./set. 1983.

MELO, Lígia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 133-144, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntr=37238>>. Acesso em: 18 out. 2013.

NABAIS, José Casalta. O estatuto constitucional dos consumidores. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntr=62646>>. Acesso em: 24 out. 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Controle público da educação e liberdade de ensinar na Constituição Federal de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: Estudos em Homenagem ao Prof. J.J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 57, out. 2006.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Interesse Público*. Minas Gerais, n. 47, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: v. 1: Parte Geral, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RESSARCIMENTO DE VERBA RECEBIDA POR SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS COM BASE EM DECISÃO JUDICIAL POSTERIORMENTE REFORMADA

Lyts de Jesus Santos
Advogado da União

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Negócios de Sergipe - Fanese
Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações gerais acerca do pagamento indevido; 2 Efeitos decorrentes da reforma da tutela antecipada; 3 Da expressa disposição legal do Art. 46, § 3º, da Lei n.º 8.112/90. Inaplicabilidade da Súmula n. 34 da Advocacia-Geral Da União; 4 Da evolução do Entendimento do Superior Tribunal de Justiça; 5 Da possibilidade de desconto em folha e desnecessidade de Processo Administrativo para adoção dessa medida; 6 Do Procedimento para efetivação da reposição pelo servidor desligado do serviço público; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho analisa se deve ou não o servidor público federal ressarcir os valores percebidos por força de decisão judicial, na hipótese de a tutela antecipada ser posteriormente reformada. Para tanto, a abordagem é iniciada com breves considerações gerais acerca do pagamento indevido. Depois, passa-se a enfocar os efeitos decorrentes da reforma da antecipação de tutela, ponto no qual se analisa a exigência de reversibilidade dos efeitos práticos da decisão, nos termos do que dispõe o art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil, e a incidência ou não do princípio da irrepetibilidade de alimentos. Considerando a relação de sujeição especial existente entre servidor público e Administração Pública, o ponto seguinte é dedicado a estudar como o estatuto dos servidores públicos federais disciplina a matéria, bem como se incidiria ou não a Súmula n.º 34 da Advocacia-Geral da União, que trata da percepção de valores de boa-fé. O tópico seguinte analisa as decisões conflitantes das diferentes Turmas do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, bem como a evolução do entendimento desse Tribunal. Os dois últimos tópicos são dedicados a estudar a forma como o ressarcimento deve ser efetivado, tanto pelo servidor público que mantém o vínculo, quanto por aquele que for desligado do serviço, bem como se haveria ou não necessidade de instauração de processo administrativo propriamente dito para adoção dessa medida.

PALAVRAS-CHAVE: Servidor Público Federal. Percepção de Valores por Força de Tutela Antecipada. Reforma da Decisão. Reversibilidade dos Efeitos Práticos da Tutela. Evolução do Entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: This essay evaluates whether or not public officers should return the sums of money received by virtue of a temporary judicial order, in case such temporary injunction has been later reversed. In this regard, the arguments start with general remarks on unlawful payments. Then, the author emphasizes the effects derived from the reform of the temporary injunctions statute, including an analysis on the requirement of reversibility of their practical effects, according to article 273, §2, of the Code of Civil Procedure, and whether or not the principle of irreturnability of maintenance applies to such situations. Considering the special legal nature of the relationship between public officers and the Public Administration, the following topic studies how the federal public officer statute covers this subject matter, as well as whether or not the Summula 34 of the Office of the Attorney General of the Union, which deals with situations of acquiring sums of money in

good faith, applies to it. The following topic assesses the conflicting decisions ruled by different panels of the Superior Court of Justice on this matter, as well as the evolution of their interpretation. The last two topics cover the study on how the return of sums of money should be carried out, including the situation in which the public officer will no longer be working for the Public Administration, as well as whether or not is necessary a specific administrative procedure to achieve that end.

KEYWORDS: Federal Public Officer. Acquisition of Sums of Money by Virtue of Temporary Injunction. Reversal of Order. Reversibility of Practical Effects of The Injunction. Evolution of the Interpretation by the Superior Court of Justice.

INTRODUÇÃO

Saber se as verbas recebidas por servidores públicos federais com base em decisão judicial posteriormente reformada deveriam ou não ser restituídas, foi questão que gerou grande divergência jurisprudencial. Apenas recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Primeira Seção, sedimentou seu entendimento sobre o ponto.

A divergência antes existente entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça alimentou o dissenso também instaurado entre os Tribunais Regionais Federais, fazendo com que as decisões judiciais conflitantes se proliferassem, gerando insegurança jurídica e aumentando o descrédito da população com o Judiciário.

Nada obstante o grande dissenso jurisprudencial, a questão não mereceu grande atenção da doutrina, sendo aqui enfrentada sob diversos aspectos (regramento do pagamento indevido na legislação civil; exigência de reversibilidade dos efeitos práticos da decisão e eventual incidência do princípio da irrepetibilidade de alimentos, no campo processual; forma pela qual o regime publicista, considerando a relação de sujeição especial existente entre servidor público e Administração Pública, disciplina a matéria), para que finalmente se chegue à análise das decisões conflitantes das diferentes Turmas do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, bem como à evolução do entendimento desse Tribunal.

O desenvolvimento do trabalho é dividido em seis tópicos, o primeiro traz breves considerações gerais acerca do pagamento indevido.

O seguinte enfoca os efeitos decorrentes da reforma da antecipação de tutela, ponto no qual se analisa a exigência de reversibilidade dos efeitos práticos da decisão, nos termos do que dispõe o art. 273, § 2º, do Código de

Processo Civil (CPC), e a incidência ou não do princípio da irrepetibilidade de alimentos.

Considerando a relação de sujeição especial existente entre servidor público e Administração Pública, o ponto seguinte é dedicado a estudar como o estatuto dos servidores públicos federais disciplina a matéria, bem como se incidiria ou não a Súmula n.º 34 da Advocacia-Geral da União (AGU), que trata da percepção de valores de boa-fé.

A análise da repercussão da boa-fé, cabe aqui um parêntese, perpassa todo o trabalho. No primeiro tópico do desenvolvimento, analisa-se se a percepção de boa-fé teria o condão de isentar aquele que recebeu o pagamento indevido do dever de ressarcir a quantia, situações nas quais a boa-fé seria relevante, direitos daí decorrentes e consequência da conduta que, por má-fé, concorre para o pagamento.

Na parte na qual se analisa os efeitos decorrentes da reforma da tutela antecipada, verifica-se se o fato de ter laborado de boa-fé na obtenção do provimento judicial (a percepção em si será de boa-fé, já que lastreada em decisão emanada do Poder Judiciário) é suficiente para obstar o ressarcimento ou se este independe de culpa. Nas hipóteses em que a antecipação de tutela foi conseguida com o concurso de má-fé, qual seria a repercussão desse fato.

Ver-se-á, também, que quando se trata de servidores públicos, e com isso se fecha o parêntese, a jurisprudência tutela a percepção de boa-fé de forma bem mais benevolente, o que levou a Advocacia-Geral da União a editar a súmula anteriormente referida.

O quarto tópico do desenvolvimento analisa as decisões conflitantes das diferentes Turmas do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, ora determinando o ressarcimento, em homenagem à exigência de reversibilidade da tutela antecipada e à expressa previsão do art. 46, da Lei n.º 8.112/90, ora, com fundamento no suposto princípio da irrepetibilidade de alimentos e na percepção de valores de boa-fé, entendendo pela não devolução da quantia paga. Analisa-se também a mitigação do entendimento que chegou a prevalecer na Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, distinguindo a consequência da reforma da decisão, a depender da natureza do feito, se se trata de benefício previdenciário ou servidor público. Culminando com a apresentação do entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O penúltimo capítulo do desenvolvimento é dedicado a estudar a forma como o ressarcimento deve ser efetivado pelo servidor público, bem como se haveria ou não necessidade de instauração de processo administrativo propriamente dito para adoção dessa medida,

com a observância dos princípios de ordem processual previstos na Constituição.

O último capítulo do desenvolvimento estuda a forma como a reposição deve ser realizada pelo servidor que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, considerando a impossibilidade de desconto em folha.

De uma forma ou de outra, tinha o Superior Tribunal de Justiça que decidir qual posicionamento deveria prevalecer, sob pena de se permitir que decisões judiciais, em casos análogos, por vezes impusessem a restituição dos valores, por vezes permitissem que o servidor agraciado retenha os valores percebidos por tutela antecipada posteriormente reformada, é disso que trata o presente estudo.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO PAGAMENTO INDEVIDO

O dever de ressarcir o dano causado é noção elementar de Direito que deriva do princípio da equidade. Todo aquele que causa dano ou aufera vantagem indevida deve ressarcir a parte lesada, com o pagamento indevido não é diferente.

Nada obstante o Código Civil trate o pagamento indevido e o enriquecimento ilícito em capítulos diferentes, ambos no título que versa sobre atos unilaterais – Livro das Obrigações, pode-se dizer que o pagamento indevido é uma espécie da qual o enriquecimento sem causa é o gênero, daí por que estabelece o Código, em seu art. 876, que “Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; [...]”. Não fazê-lo implica auferir enriquecimento sem causa, os dois institutos são, pois, intimamente ligados, sendo o pagamento indevido um modo de se auferir enriquecimento sem causa.

A eventual percepção de boa-fé da quantia paga indevidamente não retira do que recebeu o dever de ressarcir. Conforme art. 878 do Código Civil, a percepção de boa-fé apenas confere a quem recebeu direito aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido, equiparando-o, assim, ao possuidor de boa-fé. Noutras palavras, o dever de ressarcir independe se quem recebeu laborou de boa-fé, desta só se origina direito aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido.

Tratando-se de servidores públicos, conforme será demonstrado no tópico 4, a jurisprudência tutela a percepção de boa-fé de forma mais benevolente, por ora importa dizer que o Código Civil não isenta aquele que percebeu quantia indevida da restituição do valor pelo fato de ter laborado de boa-fé.

O Código Civil elenca três hipóteses que isentam aquele que recebeu do dever de ressarcir o pagamento indevido, elas estão previstas nos arts. 880¹, 882² e 883³, nenhuma, contudo, tem a ver com a mera percepção de boa-fé.

Com isso não se quer dizer que a boa-fé seja irrelevante, conforme observam Gagliano e Pamplona Filho⁴: “A boa-fé é tão importante no caso concreto que, tratando-se de terceiros, pode o titular original do bem não mais reavê-lo, resolvendo-se a questão em perdas e danos”. Mesmo nessa hipótese, como se percebe, aquele que pagou tem o direito de ser indenizado, apenas não mais com a entrega da coisa.

Saber se laborou aquele que recebeu de boa ou de má-fé tem ainda relevância, pois tendo havido má-fé, além do necessário ressarcimento, responderá por perdas e danos, conforme observa Tartuce⁵:

[...] poderá o prejudicado, em regra, pleitear o valor pago atualizado, acrescido de juros, custas, honorários advocatícios e despesas processuais. Havendo má-fé da outra parte, essa induz a culpa, cabendo ainda reparação por perdas e danos.

Também se resolve em indenização a restituição do pagamento indevido quando este tiver consistido no desempenho de obrigação de fazer ou para eximir-se da obrigação de não fazer, quando é impossível a devolução do pagamento em si. Aquele que recebeu a prestação fica na obrigação de indenizar o que a cumpriu, na medida do lucro obtido, conforme art. 881 do Código Civil.

Tratando do enriquecimento sem causa, estabelece o Código Civil, no *caput* do art. 884, que “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

O artigo seguinte dispõe que “A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”.

Tudo que se disse até aqui foi no afã de demonstrar que o ressarcimento do pagamento indevido é a regra. Objetivando o

¹ Art. 880. Fica isento de restituir pagamento indevido aquele que, recebendo-o como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito; mas aquele que pagou dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador.

² Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

³ Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 393-394.

⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009. v. 2, p. 54.

presente estudo analisar se deve ou não o servidor público ressarcir o que recebeu com base em decisão judicial posteriormente reformada, considerando o vínculo de sujeição especial que o servidor público mantém com a Administração, caberá verificar as disposições constantes no estatuto dos servidores públicos federais, a Lei nº 8.112/90.

Bem assim, cumpre analisar se o fato de o pagamento ter sido efetivado por força de decisão judicial provisória, posteriormente reformada, teria o condão de isentar o servidor público que recebeu do dever de ressarcir, o que será objeto do próximo capítulo.

A regra geral, conforme as breves considerações deste tópico, é no sentido de que o pagamento indevido deve ser ressarcido, e isso independe de ter laborado aquele que percebeu ou não de boa-fé.

2 EFEITOS DECORRENTES DA REFORMA DA TUTELA ANTECIPADA

Quando aqui se fala da revogação/modificação da decisão judicial, está-se a falar da tutela provisória, mais especificamente, da tutela antecipada, não da rescisão da coisa julgada.

Conforme observam Didier Jr., Braga e Oliveira⁶, a tutela provisória é “marcada por duas características essenciais: a sumariedade da cognição e a precariedade”. Apenas a tutela definitiva é exauriente e apta à imutabilidade.

É, portanto, da essência da tutela provisória a reversibilidade dos efeitos da decisão, tanto é assim que o art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil, estabelece que “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”⁷.

Dessa forma, além dos pressupostos gerais para deferimento da antecipação de tutela, deve o magistrado verificar se a providência pleiteada é ou não reversível. Bueno⁸ assevera que se trata de “um verdadeiro ‘pressuposto negativo’, isto é, uma situação de fato que não deve estar presente para que a antecipação de tutela tenha lugar”.

Caso os efeitos da decisão não sejam reversíveis, salvo excepcionais situações nas quais o não deferimento possa trazer consequência mais nociva, culminando com a inefetividade do processo, o juiz não pode deferir a tutela antecipada.

⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2008. p. 595.

⁷ Há uma impropriedade na redação do dispositivo. O perigo da irreversibilidade não é do provimento antecipado (decisão), vez que o § 4º do mesmo artigo estabelece que a tutela “poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”, sem falar que o provimento pode ser reformado/ modificado em grau de recurso. A irreversibilidade mencionada no § 2º tem a ver com os efeitos práticos da decisão. Nesse sentido, BUENO (2013. p. 47) e NEVES (2013. p. 1179).

⁸ BUENO. Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 4, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Nesse sentido, Didier Jr., Braga e Oliveira⁹:

[...] , em sendo a tutela em questão irreversível, com a impossibilidade da reposição do estado anterior, é imperioso que seja denegada, de forma a resguardar o direito fundamental da contraparte/requerida a uma decisão fundada em cognição exauriente, assegurando-se o devido processo legal em sua plenitude, e, portanto, conferindo-lhe maior segurança jurídica.

A regra é, pois, a reversibilidade da medida, assevera Zavascki¹⁰:

[...] , o dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente, inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.

Não se quer aqui dizer que diante da impossibilidade da restauração ao estado anterior esteja o magistrado proibido de antecipar a tutela. Não é isso. Marinoni e Arenhart observam¹¹:

Em virtude dessa regra, seria possível pensar que o juiz não pode conceder tutela antecipatória quando ela puder causar prejuízo irreversível ao réu. Contudo, se a tutela antecipatória, no caso do art. 273, I, tem por objetivo evitar um dano irreparável ao direito *provável* (é importante lembrar que o requerente da tutela antecipatória deve demonstrar um direito provável), não há como admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o *direito provável* deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao *direito improvável*.

[...] .

Como está claro, nos casos em que o direito do autor (que deve ser mostrado como *provável*, *uma vez que a probabilidade do direito é requisito para a própria concessão da tutela antecipatória*), está sendo ameaçado por dano irreparável ou de difícil reparação, é ilógico não se conceder a

⁹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 630.

¹⁰ apud DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA: 2008. p. 629.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 2, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 226.

tutela antecipatória com base no argumento de que ela pode trazer um dano ao direito que é *improvável*. (Itálicos no original).

No mesmo sentido Donizetti¹²:

O perigo da irreversibilidade não pode ser visto em termos absolutos. O objetivo da medida antecipatória é evitar danos ao direito subjetivo das partes. Assim, é indispensável que o juiz sopesse os valores dos bens em conflito, decidindo com bom-senso. Em ação declaratória, na qual se questiona o ato de tombamento e a negativa para demolição, a prudência recomenda não antecipar os efeitos da decisão final. Solução diversa poderá ser dada se o imóvel, em razão de perigo de desmoronamento, acarretar grave risco para a vizinhança. (Destaque no original).

O que importa registrar, para a discussão objeto deste estudo, é que os efeitos da antecipação de tutela, em regra, devem ser reversíveis, de sorte que, sendo reformada a decisão, as providências adotadas para atribuir efeitos práticos ao provimento jurisdicional devem ser revertidas, não há razão para que com as verbas recebidas por servidores públicos seja diferente.

Essa responsabilidade, de reverter os efeitos práticos da decisão judicial posteriormente reformada, é objetiva, tendo o favorecido o dever de reparar eventuais prejuízos causados à parte adversa independentemente de culpa. É o que decorre do § 3º do art. 273 do Código de Processo Civil.

O referido parágrafo faz menção, dentre outros dispositivos, ao art. 588 do Código de Processo Civil, que foi revogado e substituído na sistemática do código processual pelo art. 475-O, este dispõe, em seu inciso primeiro, que a execução provisória “corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido”. Na mesma linha, o inciso segundo estabelece que a execução provisória: “fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento”.

Resta claro, portanto, que aquele que se favoreceu da tutela antecipada fica obrigado a reparar a parte adversária, na hipótese de a decisão judicial ser revogada ou modificada. Essa responsabilidade é objetiva, independe, portanto, de ter o beneficiado laborado de má-fé.

Se o requerente deduziu pedido de má-fé, como autor, réu ou interveniente, terá aplicação o art. 16 do Código de Processo Civil, mas a mera boa-fé não o isenta de reparar a parte lesada. É esse o alcance do art. 475-O, aplicável à tutela antecipada por força do art. 273, § 3º, do CPC.

¹² DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.408.

Outra regra que poderia ser evocada, considerando a aplicação subsidiária de normas gerais de tutela cautelar, que, por sua vez, tem respaldo na fungibilidade das tutelas antecipada e cautelar (art. 273, § 7º, do CPC), é o art. 811 do Código de Processo Civil:

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

- I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;
- II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;
- III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;
- IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

Com efeito, o Código de Processo Civil impõe a responsabilização objetiva da parte pelos danos causados por sua atividade processual. No ponto, merecem menção os comentários de Neves¹³:

Toda tutela provisória está fundamentada na teoria do risco-proveito: sua efetivação é altamente proveitosa à parte que a recebe, mas ela assume todos os riscos numa eventualidade de a tutela se mostrar no futuro indevida. No art. 811 do CPC, há expressa previsão de que o requerente beneficiado por uma tutela cautelar, que de alguma forma perca sua eficácia ou se mostre indevida, tem responsabilidade objetiva perante o requerido. O mesmo raciocínio deve ser aplicado à tutela antecipada, também regida pela *teoria do risco-proveito*, com aplicação subsidiária do art. 811 do CPC.

Na realidade, no tocante à responsabilidade objetiva nem seria preciso a aplicação subsidiária do art. 811 do CPC, considerando-se que o art. 273, § 3º, do CPC, que trata da efetivação da tutela antecipada, ao fazer remissão às regras da execução provisória, torna aplicável o art. 475-O, II, do CPC, que já prevê expressamente a responsabilidade objetiva do exequente. Seja como for, a responsabilidade objetiva do beneficiado pela tutela antecipada é indiscutível, qualquer que seja o dispositivo legal que fundamente tal conclusão. (Destaque no original).

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 1169.

O Superior Tribunal de Justiça já teve ocasião de decidir que a reparação do dano causado a partir da tutela antecipada, prescinde da indagação acerca da culpa da parte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL LOCALIZADO EM SHOPPING CENTER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELOS DANOS CAUSADOS PELA EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. ARTS. 273, § 3º, ART. 475-O, INCISOS I E II, E ART. 811, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INDAGAÇÃO ACERCA DA MÁ-FÉ DO AUTOR OU DA COMPLEXIDADE DA CAUSA. IRRELEVÂNCIA. RESPONSABILIDADE QUE INDEPENDE DE PEDIDO, AÇÃO AUTÔNOMA OU RECONVENÇÃO.

1. Recurso especial interposto por Condomínio do Conjunto Nacional: 1.1. Afigura-se dispensável que o órgão julgador venha a examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes, bastando-lhe que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC.

1.2. O acórdão ostenta fundamentação robusta, explicitando as premissas fáticas adotadas pelos julgadores e as consequências jurídicas daí extraídas. O seu teor resulta de exercício lógico, revelando-se evidente a pertinência entre os fundamentos e a conclusão, entre os pedidos e a decisão, razão por que não se há falar em ausência de fundamentação ou de julgamento citra petita.

1.3. As conclusões a que chegou o acórdão recorrido no que concerne à segurança do empreendimento e à ausência de infração a disposições condominiais decorreram da análise soberana da prova e, por isso, não podem ser revistas por esta Corte sem o reexame do acervo fático-probatório. Incidências das Súmulas 5 e 7 do STJ.

2. Recurso especial interposto por Mozariém Gomes do Nascimento: 2.1. Os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não. Basta a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC. Cuida-se de responsabilidade objetiva, conforme apregoa, de forma remansosa, doutrina e jurisprudência.

2.2. A obrigação de indenizar o dano causado ao adversário, pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada, é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência ex lege da sentença e da inexistência

do direito anteriormente acautelado, responsabilidade que independe de reconhecimento judicial prévio, ou de pedido do lesado na própria ação ou em ação autônoma ou, ainda, de reconvenção, bastando a liquidação dos danos nos próprios autos, conforme comando legal previsto nos arts. 475-O, inciso II, c/c art. 273, § 3º, do CPC. Precedentes.

2.3. A complexidade da causa, que certamente exigia ampla diliação probatória, não exime a responsabilidade do autor pelo dano processual. Ao contrário, neste caso a antecipação de tutela se evidenciava como providência ainda mais arriscada, circunstância que aconselhava conduta de redobrada cautela por parte do autor, com a exata ponderação entre os riscos e a comodidade da obtenção antecipada do pedido deduzido.

3. Recurso especial do Condomínio do Shopping Conjunto Nacional não provido e recurso de Mozariém Gomes do Nascimento provido.

(REsp 1191262/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 16/10/2012 – destaques à parte).

Para reversão dos efeitos práticos da tutela antecipada, não importa se o requerente laborou ou não de boa-fé. A reparação do lesado haverá sempre de ser realizada. Nas hipóteses em que a antecipação de tutela foi conseguida com o concurso de má-fé, além da reparação, incidirá o art. 16 do CPC.

Destarte, com base nos arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC, o dever de reparação dos efeitos práticos da tutela antecipada deriva da mera reforma do *decisum*. Observa Zavascki¹⁴:

A situação, na hipótese, é semelhante à da revogação, por sentença, das liminares concedidas em mandado de segurança (Súmula 405 STF¹⁵) ou em ação cautelar, de modo que, com seu advento, a situação fática há de ser recomposta desde logo e de modo integral. As exceções a esse princípio, permitindo que a revogação opere efeitos apenas para o futuro (eficácia *ex nunc*) são raríssimas, e supõem, necessariamente, a salvaguarda de bem jurídico particularmente valorizado pelo sistema constitucional, como é o caso dos alimentos provisionais [...].

Os alimentos provisionais, que como assevera Zavascki integrariam uma raríssima exceção ao efeito *ex tunc* da revogação da decisão, são um capítulo à parte.

Tradicionalmente, a doutrina processualista distingue tutela antecipada de tutela cautelar conferindo a esta o objetivo de assegurar o resultado útil

¹⁴ apud DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA: 2008. p. 655.

¹⁵ Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

do processo, enquanto aquela se destinaria a antecipar o resultado final pretendido. A cautelar de alimentos provisionais é um resquício do modelo anterior à previsão da tutela antecipada no Código de Processo Civil, que costuma ser classificada como cautelar *satisfativa*¹⁶.

Os alimentos fixados de início pelo juiz vigoram, em regra, até a solução definitiva, sendo “característica especial dos alimentos provisórios a irrepetibilidade dos que forem pagos, ainda que indevidos”¹⁷. A irrepetibilidade dos alimentos provisórios decorre de expressa disposição legal, isentando o favorecido do dever de ressarcir os valores recebidos em excesso, daí, para alguns, derivaria o princípio da irrepetibilidade de alimentos.

Ocorre que a irrepetibilidade de alimentos não tem o alcance que se pretende conferir. Referido instituto está previsto no art. 13, § 3º, da Lei n.º 5.478/64, que assim dispõe: “Os alimentos provisórios fixados na inicial poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, mas o pedido será sempre processado em apartado”. Trata-se de uma regra de exceção, aplicável aos alimentos provisórios fixados na inicial em ação de alimentos.

Referida regra, por força do *caput* do art. 13 da Lei n.º 5.478/64, é igualmente aplicável, “no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções”.

Não se pode falar, todavia, na existência de um princípio geral que vede o direito de reaver valores pagos a maior, a irrepetibilidade de alimentos é exceção, aplicável aos casos expressamente previstos em lei. Nesse sentido, Theodoro Júnior¹⁸: “Por ser medida cautelar excepcionalmente *satisfativa*, sua aplicação deve ser restrita aos casos expressamente previstos em lei, sem interpretação ampliativa ou analógica” – destacado no original.

A decisão que fixa os alimentos provisionais não é nem tutela cautelar, nem tutela antecipada, é algo à parte, um regramento excepcional, não fazendo sentido que se pretenda extrair daí um princípio geral.

Conforme referido anteriormente, os efeitos práticos da tutela antecipada devem ser, em regra, reversíveis. Apenas em situações excepcionais será dado ao magistrado deferir a antecipação de tutela mesmo que não seja possível, uma vez reformada a decisão, restaurar a situação anterior.

No caso de tutelas antecipadas que favorecem servidores, os efeitos da decisão são reversíveis, o ressarcimento é uma consequência natural, não se podendo deixar de implementá-lo nem por ter o servidor laborado de boa-fé (a má-fé gera um *plus*), nem em homenagem ao

¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 1159.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 471.

¹⁸ Ibid. p. 470.

princípio da irrepetibilidade de alimentos, destinado a amparar situações expressamente previstas em lei.

3 DA EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL DO ART. 46, § 3º, DA LEI N.º 8.112/90. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N.º 34, DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Conforme referido nos tópicos anteriores, o dever de ressarcir o dano causado é noção elementar de Direito. Todo aquele que causa dano ou aufera vantagem indevida deve ressarcir a parte lesada, o fato de a percepção indevida ter se efetivado com base em antecipação de tutela, não aponta para consequência diferente. Deve o litigante que se favoreceu da decisão provisória arcar com os prejuízos causados à parte adversa, considerando que os efeitos práticos da decisão devem ser reversíveis.

No caso do servidor público federal, há ainda regra impondo o dever de ressarcir, o art. 46, § 3º, da Lei n.º 8.112/90:

Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

[...].

§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

A doutrina administrativista tradicional, por meio dos mais diversos manuais, não se debruça sobre o assunto, nem mesmo quando trata dos servidores públicos. Exemplificativamente, Figueiredo¹⁹, Carvalho Filho²⁰, Pietro²¹ e Meirelles²², que dedicam capítulos específicos de seus manuais a tratar dos agentes públicos/servidores públicos, sem abordar, contudo, a questão objeto deste estudo.

Furtado²³ faz uma abordagem diferente, cuidando dos agentes públicos como gênero em um capítulo de seu livro, e mais especificamente

19 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.596-668.

20 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 583-766.

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 498-597.

22 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 358-425.

23 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 711-814.

do regime jurídico dos servidores públicos federais, noutro²⁴. Ainda assim, também não aborda a questão ventilada.

Nos manuais específicos de comentários à lei o assunto também não é estudado. Os que foram editados por ocasião da publicação da lei – que é quando proliferam publicações dessa natureza, não trazem, nem poderiam trazer a questão, pois a atual redação do § 3º do art. 46, data da publicação da Medida Provisória n.º 2.225-45, de 04 de setembro de 2001. Antes disso, não havia dispositivo legal nesse sentido – embora a necessidade de devolução decorresse da própria legislação civil, que veda o enriquecimento sem causa, determinando o ressarcimento do pagamento indevido, ou mesmo da legislação processual, considerando a reversibilidade dos efeitos práticos da tutela antecipada.

Mas, como referido, mesmo livros de comentários ao estatuto dos servidores públicos federais editados posteriormente à nova redação do § 3º do art. 46 da Lei n.º 8.112/90 também não abordam a questão, caso, por exemplo, de Prado²⁵.

Os livros que comentam a lei artigo por artigo não dedicam muitas linhas a tratar do § 3º do art. 46. Rigolin²⁶, por exemplo, limita-se a dizer:

O § 3º do artigo estabelece que valores recebidos pelo servidor por força de decisões judiciais liminares – que depois venham a ser revogadas, e isso a lei não teve o cuidado de esclarecer com todas as letras, como deveria –, assim como por decisões de mérito que também terminem sendo reformadas, deverão ser atualizadas na sua reposição em favor da Administração. O índice, fator ou critério de atualização nem de longe foi aqui ventilado, o que permite ampla negociação entre as partes quando da reposição, mas toda mera atualização de valor, tendente a tão-só repor a corrosão inflacionária, é em princípio justa e necessária, a favor ou contra quem quer que seja, de modo que o dispositivo é meritório por zeloso com o erário, como não o foi o § 1º.

Fato é que a lei é muito clara, não comportando qualquer tipo de interpretação. “Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição”, logo, tais valores devem ser restituídos.

Com efeito, deve o servidor público federal restituir os valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente reformada, até

²⁴ Quando trata dos agentes públicos, reporta-se o autor às regras que, em razão do enquadramento constitucional, são obrigatórias para todas as esferas de governo. Diferentemente sucede, como se sabe, com as regras previstas na Lei n.º 8.112/90, afetas exclusivamente aos servidores públicos federais.

²⁵ PRADO, Leandro Cadenas. *Servidores Públicos Federais: Lei n.º 8.112/90*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p.113-146.

²⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.143.

mesmo por que essa é uma decorrência natural da reversibilidade da medida, sem falar que todo aquele que causa dano ou aufera vantagem indevida deve ressarcir a parte lesada.

Essa discussão, aliás, só parece fazer sentido – e não deveria ser assim – quando há a Administração Pública envolvida. Se não for o Estado quem despendeu recurso por força de decisão posteriormente reformada, salvo a hipótese de irrepetibilidade de alimentos provisórios, é óbvio que o Judiciário determinará que a parte indenize o prejudicado.

Tratando-se de verba concedida a servidor público federal, a Lei n.º 8.112/90, art. 46, § 3º, expressamente estabelece a necessidade de reposição ao erário, não incidindo o Enunciado de Súmula n.º 34, da Advocacia-Geral da União²⁷, que dispõe: “Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública”.

A situação albergada pela Súmula n.º 34 da AGU é aquela na qual o servidor público recebe valor de boa-fé em decorrência de inadequada interpretação da lei perpetrada pela Administração Pública.

Nada obstante referida Súmula não diga isto expressamente, é sucedâneo lógico que a errônea ou inadequada interpretação da lei precise ser escusável. Querendo dizer, não se pode reconhecer validade a uma suposta interpretação legal da qual não se possa extrair a mínima juridicidade.

Nesse ponto, parece mais adequada a redação dada à Súmula n.º 249, do Tribunal de Contas da União:

É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro *escusável* de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais. (Destaque à parte).

Embora a Súmula n.º 34 da AGU não diga expressamente o mesmo, deve-se concluir que logicamente impõe o mesmo tipo de interpretação, sob pena de qualquer extensão de benefícios efetivada por meio de interpretação jurídica, por mais despropositada que fosse, pudesse gerar benefícios. É evidente que não pode ser assim.

Pois bem, o servidor público que percebe pagamento por força de decisão judicial posteriormente reformada, decerto não labora com má-fé²⁸,

²⁷ Referida Súmula chegou a ser alterada pela Súmula/AGU n.º 71, de 09 de setembro de 2013 (É incabível a restituição de valores de caráter alimentar percebidos de boa-fé, por servidor público, em virtude de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração), mas a Súmula n.º 71 foi posteriormente cancelada em 26 de setembro de 2013, pela Súmula n.º 72.

²⁸ Pode haver má-fé na obtenção da tutela, hipótese na qual, conforme referido no tópico 3, além do ressarcimento, incidirá o art. 16 do Código de Processo Civil.

recebendo quantia cujo pagamento foi determinado pelo Judiciário, porém, ainda assim deve ser obrigado a ressarcir.

A verificação da boa-fé somente é relevante nas hipóteses nas quais o servidor público federal não tenha contribuído para o pagamento indevido, percebendo a vantagem em razão de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública. Esse não é o caso dos pagamentos decorrentes de determinação judicial, hipótese na qual o pagamento é efetivado à revelia da Administração Pública, sendo o ressarcimento previsto no art. 46, § 3º, do estatuto dos servidores públicos federais, decorrência natural da reforma da decisão.

A Súmula n.º 34 da Advocacia-Geral da União está em consonância com o entendimento posteriormente sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, que, em acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC, Recurso Especial n.º 1.244.182/PB, decidiu que os valores recebidos indevidamente em razão de errônea interpretação de lei da Administração Pública, não devem ser restituídos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 46, CAPUT, DA LEI N. 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei.
2. O art. 46, caput, da Lei n. 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé.
3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.
4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.
5. Recurso especial não provido.

(REsp 1244182/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2012, DJe 19/10/2012).

Referida decisão, entretanto, não se aplica ao caso objeto do presente estudo, tanto é assim que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, conforme será demonstrado no próximo tópico, proferiu novo julgado, desta feita analisando a questão aqui discutida.

4 DA EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Durante muito tempo, o Superior Tribunal de Justiça apresentou decisões conflitantes no que respeita à necessidade ou não de devolução de valores recebidos com base em decisão judicial posteriormente reformada, alimentando assim a divergência nas instâncias inferiores, notadamente no primeiro grau de jurisdição.

Os posicionamentos conflitantes geravam insegurança jurídica, aumentando o descrédito da população com o Judiciário. De fato, é difícil explicar para um leigo por que um litigante que recebeu determinado valor por força de decisão judicial provisória, posteriormente reformada, teria que ressarcir ao erário o prejuízo causado, enquanto outro, em idêntica situação, não seria obrigado a fazê-lo.

Apenas recentemente a questão foi pacificada, mas antes de apresentar a orientação consolidada, convém analisar os posicionamentos conflitantes anteriormente existentes.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidia pela desnecessidade do ressarcimento, conforme, exemplificativamente, decisões que se seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. REVOGAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS EM RAZÃO DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA. DESNECESSIDADE. BOA-FÉ DO SEGURADO. HIPOSSUFICIÊNCIA. NATUREZA ALIMENTAR DO BENEFÍCIO.

I - *É incabível a devolução pelos segurados do Regime Geral da Previdência Social de valores recebidos por força de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela, posteriormente revogada.*

II - *Entendimento sustentado na boa-fé do segurado, na sua condição de hipossuficiente e na natureza alimentar dos benefícios previdenciários.*
Aplicação da Súmula 83/STJ.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1138706/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 03/08/2009 – destaque à parte).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. *DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL POSTERIORMENTE MODIFICADA. DISPENSA. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.*

1. O acórdão embargado não padece de vício algum que autorize a oposição dos Embargos de Declaração, uma vez que decidiu toda a questão posta em debate, ao fundamento de que, em face da *boa-fé da segurada que recebeu o aumento do valor do seu benefício por força de decisão judicial, bem como em virtude do caráter alimentar dessa verba, mostrasse inviável impor à beneficiária a restituição das diferenças recebidas, por haver a decisão sido reformada ou por outra razão perdido a sua eficácia.*
2. Não há que se falar em declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei 8.213/91, uma vez que, no caso, apenas foi dada ao texto desse dispositivo interpretação diversa da pretendida pelo INSS.
3. De fato, o citado art. 115 da Lei 8.213/91 preceitua que podem ser descontados dos benefícios o pagamento de benefício além do devido. Na presente demanda, em face das peculiaridades do caso concreto, conforme antes analisado, entendeu-se que não deve o benefício sofrer nenhum desconto.
4. Embargos de Declaração do INSS rejeitados.
(EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 998.814/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 30/11/2009 – destaque à parte).

Os julgados acima citados tratam de matéria previdenciária, não tendo sido localizadas decisões que versassem sobre servidores públicos especificamente, mas, conforme será demonstrado mais adiante, o fundamento se aplica aqui, entendendo a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça pela não devolução de valores em suposta homenagem ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

Em sentido oposto, consolidou-se a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme, exemplificativamente, os julgados que se seguem:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. *SERVIDOR PÚBLICO. VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS POR FORÇA DE LIMINAR. DESCONTO EM FOLHA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ERRÔNEA INTERPRETAÇÃO OU MÁ APLICAÇÃO DA LEI PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*

1. Prevalecia neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que os valores indevidamente recebidos, ainda que de boa-fé, por servidores públicos sujeitam-se à repetição, observado o limite máximo de dez por cento da remuneração.
2. Recentemente, entretanto, no julgamento do Resp n.º 488.905, de relatoria do ilustre Ministro José Arnaldo da Fonseca, a Egrégia Quinta Turma firmou entendimento no sentido de que não será cabível a restituição de valores se estes foram recebidos de boa-fé e se houve errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública.
3. *Não obstante, impende ter sob mira que, na hipótese dos autos, “o pagamento indevido não foi resultado da interpretação equivocada da Lei pela Administração, mas sim de decisão judicial de caráter liminar que compeliu a UNIÃO a efetuar o pagamento, sob pena de desobediência” (fl. 599). Dessa forma, verifica-se a ausência do requisito da errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, não podendo esta ser onerada por ato do próprio servidor.*
4. O desconto em folha dos valores indevidamente recebidos por força de decisão liminar é cabível, desde que observado o princípio do contraditório e respeitado o limite máximo de um décimo sobre a remuneração, nos termos do artigo 46 da Lei n.º 8.112/90.
5. Recurso especial provido.

(RECURSO ESPECIAL N.º 651.081 - RJ (2004/0046093-0)
RELATOR: MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA 19 de maio de 2005 - Data do Julgamento - destaque à parte).

AGRADO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE LIMINAR POSTERIORMENTE CASSADA. RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. LEI N.º 10.741/2003. ARTIGO 649 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada.
2. No exame de recurso especial, não se conhece de matéria que não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, ausente assim o necessário prequestionamento.
3. Valores pagos pela Administração Pública em virtude de decisão judicial provisória, posteriormente cassada, devem ser restituídos, sob pena de enriquecimento ilícito por parte dos servidores beneficiados.

4. A reposição de valores percebidos indevidamente possui expressa previsão legal, artigo 46 da Lei nº 8.112/1990, não havendo falar em direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.058.684 - RJ (2008/0123905-4) RELATOR : MINISTRO PAULO GALLOTTI 28 de outubro de 2008 - data do julgamento – destaque à parte).

Havendo divergência de interpretação entre a Quinta e a Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, à Terceira Seção do Tribunal caberia uniformizar o entendimento, porém, os feitos relativos a questões de servidores públicos civis e militares e, posteriormente, os relativos a benefícios previdenciários passaram a ser de competência da Primeira Seção e de suas Turmas (Primeira e Segunda)²⁹.

Mesmo com a alteração da competência, da Terceira para a Primeira Seção e respectivas Turmas, para processar e julgar os feitos relativos a servidores públicos e benefícios previdenciários, a questão ainda continuou sendo controvertida.

Mais que isso, se antes a divergência era entre os entendimentos das Turmas da Terceira Seção, com a alteração da competência passou a haver decisões conflitantes inclusive dentro de cada Turma, noutras palavras, tanto a Primeira quanto a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça ora concluíam pela necessidade do ressarcimento, ora concluíam em sentido oposto. Comprovam essa assertiva os seguintes julgados:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. INEXIGIBILIDADE DA DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL POSTERIORMENTE MODIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO DESPROVIDO.

1. A realidade fática demonstra que o pensionista, ao obter a concessão de um benefício por força de decisão judicial, acredita que o seu recebimento é legítimo, não tendo conhecimento da provisoriaidade da decisão e da possibilidade de ter que restituir esse valor, máxime se essa advertência não constou do título que o favoreceu.

²⁹ Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça:
Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa.
§ 1º À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a:
[...].
XI - servidores públicos civis e militares; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 11, de 2010)
[...].
XIII - benefícios previdenciários, inclusive os decorrentes de acidentes do trabalho; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 14, de 2011)
[...].

2. *Em face da boa-fé de quem recebeu o benefício por força de decisão judicial, bem como em virtude do caráter alimentar dessa verba, mostra-se inviável impor ao beneficiário a restituição das diferenças recebidas, por haver a decisão sido reformada ou por outra razão perdido a sua eficácia. Precedentes do STJ.*

3. Agravo Regimental da UNIÃO desprovido.

(AgRg no AREsp 152.130/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, *PRIMEIRA TURMA*, julgado em 06/08/2013, DJe 19/08/2013 – destaque à parte).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDORES PÚBLICOS. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS EM VIRTUDE DE LIMINAR POSTERIORMENTE CASSADA. PROVIMENTO PRECÁRIO. POSSIBILIDADE.

1. *Tratando o caso dos autos de verba recebida indevidamente por força de antecipação de tutela, posteriormente revogada por decisão do Tribunal local (fl. 355), os valores devem ser restituídos, sob pena de enriquecimento ilícito por parte dos servidores beneficiados. Nesse sentido: REsp n. 1.384.418-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 12/6/13, acórdão não publicado.*

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 145803/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, *PRIMEIRA TURMA*, julgado em 18/06/2013, DJe 25/06/2013 – destaque à parte).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO MILITAR. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO JUDICIAL. REFORMA POSTERIOR. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR. PRECEDENTES DO STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende ser possível a repetição de valores pagos pela Administração, por força de tutela judicial provisória, posteriormente reformada, em homenagem ao princípio jurídico basilar da vedação ao enriquecimento ilícito.

2. *Entretanto, tal posicionamento é mitigado nas hipóteses em que a discussão envolva benefícios previdenciários, como no caso em apreço, tendo em vista seu caráter de verba alimentar, o que inviabiliza sua restituição. Precedentes do STJ.*

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 246.944/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, *SEGUNDA TURMA*, julgado em 27/11/2012, DJe 19/12/2012 – destaque à parte)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. *VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL NÃO DEFINITIVA.* REFORMA DA DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. CRITÉRIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. INEXISTÊNCIA DE COMPORTAMENTO AMPARADO PELO DIREITO NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES ART. 46 DA LEI N. 8.112/90. NÃO APLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ.

1. O art. 46 da Lei n. 8.112/90 prevê a possibilidade de restituição dos valores pagos indevidamente aos servidores públicos. Trata-se de disposição legal expressa, não declarada inconstitucional e, portanto, plenamente válida.

2. Esta regra, contudo, tem sido interpretada pela jurisprudência com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. A aplicação desse postulado, por vezes, tem impedido que valores pagos indevidamente sejam devolvidos.

3. A boa-fé não deve ser aferida no real estado anímico do sujeito, mas sim naquilo que ele exterioriza. Em bom vernáculo, para concluir se o agente estava ou não de boa-fé, torna-se necessário analisar se o seu comportamento foi leal, ético, ou se havia justificativa amparada no direito. Busca-se, segundo a doutrina, a chamada boa-fé objetiva.

4. Na análise de casos similares, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado, ainda que implicitamente, um elemento fático como decisivo na identificação da boa-fé do servidor. Trata-se da legítima confiança ou justificada expectativa, que o beneficiário adquire, de que valores recebidos são legais e de que integraram em definitivo o seu patrimônio.

5. É por esse motivo que, segundo esta Corte Superior, os valores recebidos indevidamente, em razão de erro cometido pela Administração Pública ou em decorrência de decisão judicial transitada em julgado e posteriormente reformada em ação rescisória, não devem ser restituídos ao erário. Em ambas as situações, eventual utilização dos recursos por parte dos servidores para a satisfação das necessidades materiais e alimentares é plenamente justificada.

Objetivamente, a fruição do que foi recebido indevidamente está acobertada pela boa-fé, que, por sua vez, é consequência da legítima confiança de que os valores integraram em definitivo o patrimônio do beneficiário.

6. *Situação diferente - e por isso a jurisprudência do STJ permite a restituição - ocorre quando os valores são pagos aos servidores em decorrência de decisão judicial de característica precária ou não definitiva. Aqui não há presunção de definitividade e, se houve confiança neste sentido, esta não era legítima, ou seja, não era amparada pelo direito.*

7. *Se não havia razão para que o servidor confiasse que os recursos recebidos integraram em definitivo o seu patrimônio, qualquer ato de disposição desses valores, ainda que para fins alimentares, salvo situações emergenciais e excepcionais, não pode estar acobertado pela boa-fé, já que, é princípio basilar, tanto na ética quanto no direito, ninguém pode dispor do que não possui.*

8. *No caso dos autos, os valores que foram pagos aos servidores não são decorrência de erro de cálculo efetuado pela administração, mas sim de decisão judicial que ainda não havia transitado em julgado, e que foi posteriormente reformada. Ademais, em nenhum momento houve concordância da administração com a quantia que foi paga, o que demonstra que sempre houve controvérsia a respeito da titularidade.*

9. *Se os agravantes utilizaram desses valores, sem possuir a legítima confiança de que lhes pertenciam, não há como identificar a boa-fé objetiva nessa conduta. Portanto, sendo a decisão judicial final desfavorável aos servidores, a devolução do que foi pago indevidamente se faz possível, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/90.*

10. Vale ressaltar que concluir pela ausência de boa-fé objetiva dos agravantes não implica em violação da Súmula 7/STJ, pois em nenhum momento se negou ou alterou os fatos que foram consignados pela instância ordinária, eles apenas sofreram uma nova qualificação jurídica.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1263480/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011 – destaque à parte).

A bem da verdade, a divergência instaurada na Segunda Turma era menor, pois já havia sido consolidado o entendimento no sentido de que o servidor público deveria ressarcir os valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente reformada, posicionamento mitigado nas hipóteses em que a discussão envolvesse benefícios previdenciários, quando, em razão do caráter alimentar da verba, não se admitia a restituição.

De qualquer sorte, a questão não estava pacificada, pois a Primeira Turma ainda apresentava decisões conflitantes, ora determinando o ressarcimento, ora, não. Além disso, com a devida vénia, não faz muito sentido a mitigação antes prevalente na Segunda Turma, pois assim como os servidores públicos que recebem valores por força de decisão judicial posteriormente reformada devem ressarcir, os beneficiários da Previdência também devem fazê-lo.

Diante da divergência instaurada, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial n.º 1.384.418-SC, Relatado pelo Ministro Herman Benjamin, decidiu pelo dever de ressarcimento dos valores obtidos por força de antecipação de tutela posteriormente reformada, tratando o benefício previdenciário como situação análoga à do servidor público que percebe vantagem:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RECEBIMENTO VIA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO. REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL. HIPÓTESE ANÁLOGA. SERVIDOR PÚBLICO. CRITÉRIOS. CARÁTER ALIMENTAR E BOA-FÉ OBJETIVA. NATUREZA PRECÁRIA DA DECISÃO. RESSARCIMENTO DEVIDO. DESCONTO EM FOLHA. PARÂMETROS.

1. Trata-se, na hipótese, de constatar se há o dever de o segurado da Previdência Social devolver valores de benefício previdenciário recebidos por força de antecipação de tutela (art. 273 do CPC) posteriormente revogada.
2. Historicamente, a jurisprudência do STJ fundamenta-se no princípio da irrepetibilidade dos alimentos para isentar os segurados do RGPS de restituir valores obtidos por antecipação de tutela que posteriormente é revogada.
3. Essa construção derivou da aplicação do citado princípio em Ações Rescisórias julgadas procedentes para cassar decisão rescindenda que concedeu benefício previdenciário, que, por conseguinte, adveio da construção pretoriana acerca da prestação alimentícia do direito de família. A propósito: REsp 728.728/RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 9.5.2005.
4. Já a jurisprudência que cuida da devolução de valores percebidos indevidamente por servidores públicos evoluiu para considerar não apenas o caráter alimentar da verba, mas também a boa-fé objetiva envolvida *in casu*.
5. O elemento que evidencia a boa-fé objetiva no caso é a “legítima confiança ou justificada expectativa, que o beneficiário adquire, de que valores recebidos são legais e de que integraram em definitivo o seu patrimônio” (AgRg no REsp 1.263.480/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.9.2011, grifei). Na mesma linha quanto à imposição de devolução de valores relativos a servidor público: AgRg no AREsp 40.007/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 16.4.2012; EDcl nos EDcl no REsp 1.241.909/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 15.9.2011; AgRg no REsp 1.332.763/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.8.2012; AgRg no REsp 639.544/PR, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargador Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, DJe 29.4.2013; AgRg no REsp 1.177.349/ES, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 1º.8.2012; AgRg no RMS 23.746/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 14.3.2011.
6. Tal compreensão foi validada pela Primeira Seção em julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, em situação na qual se debateu a devolução de

valores pagos por erro administrativo: “quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.” (REsp 1.244.182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19.10.2012, grifei).

7. Não há dúvida de que os provimentos oriundos de antecipação de tutela (art. 273 do CPC) preenchem o requisito da boa-fé subjetiva, isto é, enquanto o segurado os obteve existia legitimidade jurídica, apesar de precária.

8. Do ponto de vista objetivo, por sua vez, inviável falar na percepção, pelo segurado, da definitividade do pagamento recebido via tutela antecipatória, não havendo o titular do direito precário como pressupor a incorporação irreversível da verba ao seu patrimônio.

9. Segundo o art. 3º da LINDB, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, o que induz à premissa de que o caráter precário das decisões judiciais liminares é de conhecimento inescusável (art. 273 do CPC).

10. Dentro de uma escala axiológica, mostra-se desproporcional o Poder Judiciário desautorizar a reposição do principal ao Erário em situações como a dos autos, enquanto se permite que o próprio segurado tome empréstimos e consigne descontos em folha pagando, além do principal, juros remuneratórios a instituições financeiras.

11. À luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e considerando o dever do segurado de devolver os valores obtidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, devem ser observados os seguintes parâmetros para o resarcimento: a) a execução de sentença declaratória do direito deverá ser promovida; b) liquidado e incontroverso o crédito executado, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até 10% da remuneração dos benefícios previdenciários em manutenção até a satisfação do crédito, adotado por simetria com o percentual aplicado aos servidores públicos (art. 46, § 1º, da Lei 8.213/1991).

12. Recurso Especial provido.

(REsp 1384418/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 30/08/2013).

Em seu voto, o eminentíssimo Relator do recurso até considerou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidada, no que respeita à necessidade de devolução de valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente reformada, na hipótese de se tratar de servidor público. Na análise da evolução jurisprudencial da matéria, considerou o Ministro Herman Benjamin que a questão restaria controvertida apenas no que respeita aos benefícios previdenciários:

[...].

Levaram-se em conta as posições jurisprudenciais divergentes quanto à obrigatoriedade de o titular de direito patrimonial de caráter alimentar devolver parcelas recebidas por força de tutela judicial antecipada posteriormente revogada.

Como abaixo será demonstrado, há posições antagônicas aplicadas para servidores públicos e para segurados do Regime Geral de Previdência Social, o que denota a necessidade de reexame aprofundado da matéria diante do fato de que em ambos os casos trata-se de verbas alimentares. Passo a descrever e analisar o cenário jurisprudencial.

1. Evolução jurisprudencial e tratamento adequado do tema

Após pesquisa histórica, constatei que o fundamento que a jurisprudência do STJ passou a considerar para dirimir a controvérsia acerca da devolução de valores recebidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, quanto a benefícios previdenciários, foi a incidência *do princípio da irrepetibilidade dos alimentos*.

[...].

Apesar de toda a jurisprudência referente à restituição de valores pagos a servidores ter evoluído, os julgados aplicados aos casos de benefícios previdenciários ficaram estáticos na exclusiva fundamentação em torno do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, olvidando a evolução pretoriana que passou a considerar, em situação análoga concernente a verba alimentar, a boa-fé objetiva. Vale dizer: relevar a percepção, por parte do titular, da definitividade do recebimento da parcela alimentar paga.

[...].

(Destques no original).

Com a devida vénia, essa análise se ajusta melhor a apresentar o entendimento consolidado no âmbito da Segunda Turma, que decidia no sentido de que o servidor público deveria ressarcir os valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente reformada, posicionamento que era mitigado nas hipóteses em que a discussão envolvesse benefícios previdenciários, quando, em razão do caráter alimentar da verba, não se admitia a restituição.

A Primeira Turma, conforme precedentes anteriormente citados, mesmo em se tratando de servidor público, ora decidia contra o ressarcimento (AgRg no AREsp 152.130/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 19/08/2013), ora decidia a favor (AgRg no AREsp 145803/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 25/06/2013).

De qualquer forma, a necessidade de que o tema fosse devidamente enfrentado, uniformizando assim o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, era mais que evidente.

Distinguir a consequência da reforma da decisão, a depender da natureza do feito, se se trata de benefício previdenciário ou servidor público, não faz muito sentido. No ponto, mais uma vez, merece menção trecho do voto do eminente Relator do recurso:

[...] .

Se a teoria da irrepetibilidade dos alimentos fosse suficiente para fundamentar a não devolução dos valores indevidamente recebidos, ela seria o embasamento exclusivo para todos os casos de servidor público, pois nessas hipóteses também se trata de verbas alimentares.

Aplicar-se-ia o entendimento de que em qualquer hipótese, independentemente de boa-fé, de definitividade ou de ser decisão judicial precária, a verba recebida indevidamente de servidor público seria irrepetível.

[...] .

Destarte, tanto o servidor público quanto o beneficiário da previdência devem ser obrigados a restituir os valores recebidos por força de decisão judicial não transitada em julgado. Em ambos os casos, os recursos não integravam em definitivo o patrimônio do servidor ou beneficiário da previdência, que devem restituir o que receberam a maior.

Conforme referido no tópico anterior, a verificação da boa-fé somente é relevante nas hipóteses nas quais o servidor público federal não tenha contribuído para o pagamento indevido, percebendo a vantagem de boa-fé em razão de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública. Esse não é o caso dos pagamentos efetivados por determinação judicial, hipótese na qual o pagamento se dá à revelia da Administração Pública, sendo o ressarcimento, previsto no art. 46, § 3º, do estatuto dos servidores públicos federais, decorrência natural da reforma da decisão. Nas hipóteses em que a antecipação de tutela foi conseguida com o concurso de má-fé, além da reparação, incidirá o art. 16 do Código de Processo Civil.

O precedente mencionado não tratava de servidores públicos, e, sim, de benefício previdenciário, porém, pode-se dizer que representa importante orientação sobre o assunto, apta a dirimir os posicionamentos conflitantes, notadamente os ainda existentes no primeiro grau de jurisdição. Até mesmo por que, conforme entendimento do Ministro Herman Benjamin, o Superior Tribunal de Justiça já teria pacificado entendimento pelo dever de reposição quando se tratasse de servidor público.

Posteriormente, a questão chegou a ser revisitada, considerando que o Ministro Sérgio Kukina afetou à Primeira Seção, como representativo de controvérsia, o julgamento do Recurso Especial n.º 1.401.560, delimitando a seguinte tese como controvertida: “Deve o

litigante beneficiário do Regime Geral da Previdência Social - RGPS devolver os valores percebidos do INSS em virtude de decisão judicial precária, que venha a ser posteriormente revogada?".

Ocorre que em sessão realizada em 12 de fevereiro de 2014, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial do Instituto Nacional do Seguro Social. O teor do acórdão ainda não consta no sítio eletrônico do Tribunal, tampouco foi publicado em seu Informativo de Jurisprudência, mas já é possível visualizar a Certidão de Julgamento:

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Ari Pargendler que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Ari Pargendler os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

A Primeira Seção, portanto, proferiu decisão no mesmo sentido da que tinha sido proferida há não muito tempo, quando do julgamento do Recurso Especial n.º 1.384.418-SC.

De uma forma ou de outra, o Superior Tribunal de Justiça tinha que decidir qual posicionamento deveria prevalecer, sob pena de se permitir que decisões judiciais, em casos análogos, por vezes impusessem a restituição dos valores, por vezes permitissem que o servidor agraciado retenha os valores percebidos por decisão judicial precária, posteriormente reformada.

A decisão da Primeira Seção pacifica a jurisprudência acerca do assunto, sedimentando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a adequada interpretação da legislação infraconstitucional no ponto, no sentido de que as verbas recebidas por força de tutela antecipada posteriormente reformada, seja por servidor público, seja por beneficiário da Previdência, devem ser ressarcidas ao erário.

5 DA POSSIBILIDADE DE DESCONTO EM FOLHA E DESNECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA ADOÇÃO DESSA MEDIDA

Admitida a possibilidade de ressarcimento de valores recebidos por servidores públicos federais com base em decisão judicial posteriormente reformada, cabe analisar o modo como deve ser feita a reposição.

A Lei n.º 8.112/90 trata da forma como devem ser efetivadas as indenizações e reposições ao erário:

Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

Com efeito, a forma ordinária por meio da qual o servidor público federal deve ressarcir a Administração é mediante pagamento a ser realizado no prazo máximo de trinta dias, podendo o débito ser parcelado, a pedido do interessado, com desconto em folha, regra que se aplica aos prejuízos causados à Administração. No caso de danos a terceiros, nos termos do art. 122, § 2º, da Lei n.º 8.112/90, combinado com o art. 37, § 6º, da Constituição, o servidor responderá perante a Administração Pública em ação regressiva.

O *caput* do art. 46 do estatuto dos servidores públicos federais trata de reposições e indenizações ao erário, ou seja, da restituição do que for pago a maior pela Administração (reposição) e da responsabilidade civil do servidor público, que deve reparar o dano causado à Administração Pública, por culpa ou dolo, no desempenho de suas atribuições (indenização)³⁰.

Conforme observa Meirelles³¹:

A Administração não pode isentar de responsabilidade civil a seus servidores, porque não possui disponibilidade sobre o patrimônio público. Muito ao contrário, é seu *dever zelar pela integridade desse patrimônio*, adotando todas as providências legais cabíveis para a reparação dos danos a ele causados, qualquer que seja o autor. [...].
(Itálico no original).

³⁰ A distinção entre reposição e indenização aqui adotada é a defendida por Furtado (2013, p. 800), ponto que será retomado mais adiante.

³¹ MEIRELLES, op. cit., p.418.

O art. 46 não se reporta à exigência de observância dos princípios de ordem processual, como o contraditório e a ampla defesa, o dispositivo estabelece apenas que as indenizações devem ser “comunicadas ao servidor ativo”.

Interessante notar que nem a redação original, nem o texto alterado pela Lei n.º 9.527/97, reportavam-se à necessidade de comunicação, apenas com a redação atual, conferida pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/2001, é que se passou a expressamente exigir a prévia comunicação.

Antes de se falar na necessidade de ressarcimento, entretanto, deve ser verificada, em processo administrativo, a própria responsabilidade, nesse procedimento os princípios de ordem processual devem ser respeitados, nesse sentido, exemplificativamente, Rigolin³² e Pietro³³.

Na mesma linha, Carvalho Filho³⁴, assevera que a “responsabilidade civil do servidor reclama apuração por processo administrativo, exigindo-se a observância [dos princípios] da ampla defesa [...] do contraditório e da ampla faculdade probatória”.

Nada obstante o constituinte, ao tratar do regime jurídico punitivo, faça menção a expressões do direito penal, os princípios que a Constituição elenca atingem toda a atividade punitiva do Estado. Daí serem aplicáveis aos processos administrativos propriamente ditos os princípios de ordem processual previstos na Constituição.

Quanto à possibilidade do desconto mediante simples comunicação, Carvalho Filho³⁵ assevera não ser possível, sustentando que seria necessária concordância do servidor.

Pietro³⁶ tem posição diversa:

O desconto dos vencimentos, desde que previsto em lei, é perfeitamente válido e independe do consentimento do servidor, inserindo-se entre as hipóteses de auto-executoriedade dos atos administrativos. Isto não subtrai a medida do controle judicial, que sempre pode ser exercido mediante provocação do interessado, quer como medida cautelar que suste a decisão administrativa, quer a título de indenização, quando o desconto já se concretizou.

É possível identificar, dessa forma, renomados administrativistas situando-se a favor ou contra o desconto quando não houver concordância por parte do servidor.

³² RIGOLIN, op. cit., p. 143.

³³ DI PIETRO, op. cit., p. 589.

³⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 757-758.

³⁵ Ibid., p. 758.

³⁶ DI PIETRO, op. cit., . 589.

Furtado³⁷ faz abordagem diferente, distinguindo reposições de indenizações, conferindo efeito diverso à eventual ausência de concordância do servidor em um ou outro caso:

As reposições dizem respeito aos pagamentos efetuados a maior pela Administração Pública em favor do servidor público e que devem ser repostas ao erário. As indenizações, o próprio nome indica, dizem respeito aos danos que o servidor tenha causado ao erário.

Segundo Furtado, reposições e indenizações são institutos distintos, e essa diferenciação é relevante, pois a doutrina majoritária entende que para que a indenização devida à Administração seja objeto de desconto, faz-se necessário obter concordância do servidor com o ressarcimento.

Ausente a aquiescência, considerando que a Administração não pode impor unilateralmente o desconto, restaria acionar o Judiciário³⁸.

Nesse sentido, Furtado³⁹ observa que nada obstante sejam os atos administrativos dotados, dentre outras características, do atributo da auto-executoriedade, “Existem [...] limites a esse atributo, e um desses limites está relacionado à preservação do patrimônio dos particulares ou dos próprios servidores públicos”. Ainda segundo o autor, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que “não obstante demonstrada a responsabilidade do servidor que deu causa a prejuízo [...], não poderia [...] órgão, sem consentimento do servidor, promover a indenização [...], sendo necessária a propositura de ação judicial”.

Furtado⁴⁰ assevera, entretanto, que apenas as indenizações careceriam da aquiescência do servidor, as reposições, não. Noutras palavras, as indenizações demandariam procedimento administrativo, com observância dos princípios de ordem processual, destinado a detectar o prejuízo e o causador, depois o servidor deveria anuir com o desconto. Sem a aquiescência, restaria à Administração acionar o Judiciário. Para as reposições, destinadas a ressarcir valores pagos a maior, bastaria simples comunicação, fazendo-se o desconto independentemente de concordância do servidor.

Esse não é, contudo, o entendimento consolidado na jurisprudência, que condiciona o desconto em folha ao prévio procedimento administrativo, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e aquiescência do servidor. Nesse sentido, merece menção o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

³⁷ FURTADO, op. cit., p.800.

³⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 420.

³⁹ FURTADO, ibid., p. 800.

⁴⁰ Ibid., p. 800.

Mandado de Segurança. 2. Desaparecimento de talonários de tíquetes-alimentação. Condenação do imetrante, em processo administrativo disciplinar, de resarcimento ao erário do valor do prejuízo apurado. 3. Decisão da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados de desconto mensais, em folha de pagamento, sem a autorização do servidor. 4. Responsabilidade civil de servidor. Hipótese em que não se aplica a auto-executoriedade do procedimento administrativo. 5. A Administração acha-se restrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civis e penais. 6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do resarcimento apurado na esfera administrativa. 7. O Art. 46 da Lei no 8.112, de 1990, dispõe que o desconto em folha de pagamento é a forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado. 8. Mandado de Segurança deferido (MS 24182, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 03-09-2004 PP-00009 EMENT VOL-02162-01 PP-00052 RTJ VOL 00192-01 PP-00195 LEXSTF v. 27, n. 313, 2005, p. 160-171)

A decisão acima citada, proferida pelo Plenário da Suprema Corte, é considerada o *leading case* sobre o assunto. No caso objeto do julgamento, tratava-se de obrigação de indenizar os cofres públicos pelo prejuízo decorrente do desaparecimento de tíquetes-alimentação (indenização), não se ocupando o julgado de distinguir as consequências se se tratasse de indenização ou reposição.

Noutras palavras, o Tribunal se debruçou sobre um caso no qual se discutia a possibilidade de desconto em folha sem aquiescência de servidor quando se tratasse de indenização, não fazendo menção a que consequência deveria ser adotada nas hipóteses de reposição.

O Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista, parece admitir a distinção entre indenização/reposição, bem como que potencialmente pudessem ocasionar consequência jurídica diversa:

...].

Pedi vistas dos autos para examinar a adequada compreensão do art. 46 da Lei 8.112/90.

Entendo, porém, que, em se cuidando de indenização, não há como deixar de seguir a orientação preconizada no voto do Relator. O texto legal não contém qualquer autorização para que a Administração realize o desconto pretendido independentemente da anuência do eventual atingido.

Nesses termos, também eu defiro a segurança postulada.

Fato é que o *leading case* tem sido utilizado indistintamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal tanto para indenizações, quanto para reposições, em ambos os casos exigindo-se a observância dos princípios de ordem processual e concordância do servidor com o desconto em folha.

No que respeita à observância dos princípios de ordem processual, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido a repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 594.296/MG, Relatado pelo Ministro Dias Toffoli, assentou:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA ESTATAL. REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E DE QUINQUÊNIOS DE SERVIDORA PÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que reputa ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatoriedade observância o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 594296, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012 – Destaques à parte)

Em suma, o entendimento predominante é no sentido de que o desconto em folha de pagamento exige prévia anuência do servidor, após apuração em processo administrativo, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sem a concordância, não se pode falar em desconto em folha, tendo o servidor prazo máximo de trinta dias para efetivar o pagamento, se assim não proceder, restará à Administração açãoar o Judiciário.

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, inclusive, editou a Orientação Normativa n.º 05/2013, estabelecendo os procedimentos a serem adotados para a reposição ao erário de valores recebidos indevidamente por servidores, aposentados e beneficiários de pensão civil.

Nessa orientação, é claro o intuito de prestigiar os princípios do contraditório e da ampla defesa, exigindo-se prévio procedimento administrativo, bem como aquiescência do servidor para desconto em folha. Merecem destaque os seguintes dispositivos:

Art. 1º Estabelecer os procedimentos a serem adotados, pelos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal -

SIPEC, para a reposição ao Erário de valores recebidos indevidamente por servidores, aposentados e beneficiários de pensão civil.

Art. 2º Deverá ser instaurado processo administrativo, de ofício ou por iniciativa do interessado, sempre que houver indícios de pagamento indevido de valores por meio do Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos - SIAPE, aos servidores, aposentados e beneficiários de pensão.

Art. 3º O processo administrativo que vise à reposição de valores ao Erário será regido pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.

[...].

§ 4º Não estarão sujeitos à reposição ao Erário os valores recebidos de boa-fé pelo servidor, aposentado ou beneficiário de pensão civil, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da administração pública.

[...].

Art. 6º O servidor, aposentado ou beneficiário de pensão civil deverá ser notificado, na forma da Seção II deste Capítulo, e terá o prazo de quinze dias consecutivos, contados de sua ciência, para apresentar manifestação escrita.

Art. 7º Transcorrido o prazo de quinze dias, com ou sem a manifestação do interessado, o dirigente de recursos humanos deverá emitir decisão, devidamente fundamentada, nos autos do processo, e dar ciência ao interessado, concedendo-lhe o prazo de dez dias para recorrer, nos termos do art. 10 desta Orientação Normativa.

Art. 8º Não havendo interposição de recurso ou exauridas as instâncias recursais, o dirigente de recursos humanos notificará o interessado para que seja efetuada a reposição do valor apurado no prazo máximo de trinta dias, mediante Guia de Recolhimento à União - GRU, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Parágrafo único. As reposições poderão ser parceladas, a pedido do interessado, por intermédio de desconto em folha de pagamento.

[...].

Mas a questão que interessa aqui é saber se o ressarcimento de valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente reformada também careceria de prévia instauração de processo administrativo, além de aquiescência do servidor.

Talvez o mais adequado fosse efetivar o ressarcimento nos próprios autos, como sucede nas demais hipóteses nas quais a tutela antecipada é reformada (art. 475-O, II – parte final, do Código de Processo Civil). Porém, como há regime de sujeição especial e este trata a questão de forma diversa, deve-se aplicar as regras publicistas.

Doutro lado, não faria sentido que, após longa marcha processual, tivesse a Administração que realizar procedimento administrativo, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e após ainda dependesse de concordância do servidor para efetivar o desconto.

Nessa linha, o próprio *leading case* do Supremo Tribunal Federal, anteriormente citado, excepciona a exigência de processo administrativo propriamente dito, bem com a aquiescência do servidor, quando se tratar de feito que tramitou no âmbito do Judiciário: “o desconto em folha de pagamento é a forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado”.

É bem verdade que o julgamento não se debruçou sobre a reforma de tutela antecipada, mas é razoável concluir que a ressalva mencionada no acórdão às condenações judiciais transitadas em julgada, também a ela se aplique.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir pelo dever de resarcimento dos valores obtidos por força de antecipação de tutela posteriormente reformada, expressamente assinalou que a forma adequada de efetivá-lo é mediante desconto em folha. O precedente já foi citado, mas vale rememorar o trecho:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RECEBIMENTO VIA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO. REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL. HIPÓTESE ANÁLOGA. SERVIDOR PÚBLICO. CRITÉRIOS. CARÁTER ALIMENTAR E BOA-FÉ OBJETIVA. NATUREZA PRECÁRIA DA DECISÃO. RESSARCIMENTO DEVIDO. DESCONTO EM FOLHA. PARÂMETROS.

...].

11. [...] o dever do segurado de devolver os valores obtidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, devem ser observados os seguintes parâmetros para o resarcimento: a) a execução de sentença declaratória do direito deverá ser promovida; b) liquidado e incontroverso o crédito executado, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até 10% da remuneração dos benefícios previdenciários em manutenção até a satisfação do crédito, adotado por simetria com o percentual aplicado aos servidores públicos (art. 46, § 1º, da Lei 8.213/1991).

12. Recurso Especial provido.

(REsp 1384418/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 30/08/2013).

Se a Administração não reconhecia o direito ao pagamento e este só foi efetivado em razão do cumprimento de decisão judicial, quando esta é reformada, não há que se exigir prévio procedimento administrativo para o desconto. A posição da Administração já é conhecida, não só por ter negado a efetivação do pagamento, mas por resistir em juízo à pretensão.

Exigir a feitura de processo administrativo propriamente dito nessa situação seria impor a realização de atos contraproducentes, sabendo-se a conclusão a que se chegaria ao final.

Só se pode falar em processo administrativo propriamente dito, aquele que exige a observância dos princípios processuais, ali onde se identifica algum tipo de controvérsia, conforme bem explica Figueiredo⁴¹:

Entendemos nós – embora a distinção entre processo e procedimento administrativo seja, o mais das vezes, estéril – que, no nosso texto constitucional, a referência, no art. 5º, inciso LV, a processo administrativo seria, apenas e tão-somente, às situações em que há controvérsias, em que há *sanções, punições disciplinares* – portanto, situações de *acusações em geral ou litigância*.

(Destaques em itálico no original).

Só onde há controvérsia se pode exigir processo com observância do contraditório. É por esse motivo que Constituição se reporta a “litigantes em geral”, pressupondo a existência de um litígio. Se não há litígio, não há por que serem respeitados os princípios de ordem processual.

Bem assim, não se pode falar na necessidade de aquiescência para que o desconto seja efetivado. Conforme referido anteriormente, a ausência de concordância implicaria necessidade de a Administração acionar o Judiciário. Sucedeu que no caso já há decisão definitiva da justiça, não fazendo sentido que se ajuíze nova ação para que se forme novo título executivo.

Destarte, o resarcimento de valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente reformada prescinde de processo administrativo propriamente dito, bem como de posterior aquiescência para desconto.

À revelia da Administração, o servidor recebeu pagamento a maior, sendo caso de, uma vez reformada a decisão, ressarcir o que percebeu. O litígio que existia, derivado do fato de a Administração não reconhecer o direito ao pagamento e opor resistência inclusive em juízo, já fora solucionado pelo Poder Judiciário, não havendo mais controvérsia a ser dirimida.

⁴¹ FIGUEIREDO, op. cit., p.438 .

7 DO PROCEDIMENTO PARA EFETIVAÇÃO DA REPOSIÇÃO PELO SERVIDOR DESLIGADO DO SERVIÇO PÚBLICO

Conforme referido no tópico anterior, tratando-se de servidor público federal, a regra é que a reposição ao erário da quantia recebida por força de decisão judicial posteriormente reformada seja efetivada mediante desconto em folha.

Situações há, porém, nas quais isso não é possível. Para o servidor em débito com o erário que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, a teor do art. 47 da Lei n.º 8.112/90, não há falar em desconto, até por que não há mais vínculo, estabelecendo-se prazo de sessenta dias para que o ressarcimento seja efetuado. Caso o débito não seja quitado no prazo previsto, haverá inscrição em dívida ativa:

Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

Essa regra se aplica também à reposição ao erário da quantia recebida por força de decisão judicial posteriormente reformada? Nessa situação, o ex-servidor terá o prazo de sessenta dias para pagar e se não o fizer será inscrito em dívida ativa?

A resposta às duas indagações é positiva, é esse o regramento estabelecido pela Lei n.º 8.112/90. Assim, na hipótese de o servidor ser demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito. Caso não efetue o recolhimento da quantia, esta deverá ser inscrita em dívida ativa.

Rigolin⁴², nada obstante não se reporte ao ressarcimento da quantia recebida por força de decisão judicial posteriormente reformada, assim comenta o art. 47 da Lei n.º 8.112/90:

[...] .

Ao servidor que deva importância ao erário conforme devidamente apurado em expediente administrativo, e o qual venha a ser desligado do serviço público quer por demissão, quer por exoneração, quer ainda por cassação da aposentadoria ou da indisponibilidade, este servidor, dentro de sessenta

⁴² RIGOLIN, op. cit., p. 144.

dias, do ato de desligamento da situação ativa ou inativa, precisará saldar totalmente o débito que ainda mantenha junto à Administração.

Poderá fazê-lo antes desse prazo, como, por exemplo, na hipótese de ser demitido quando lhe era deduzida a nona parcela da importância devida; nesse caso, em mais trinta dias a Administração deduzirá a parcela restante, e portanto não será utilizado todo o prazo máximo, de sessenta dias, que é razoável em situação diversa.

Dispõe o parágrafo único que, se não quitado naqueles dois meses previstos no *caput*, será inscrita em dívida ativa a importância devida e não paga. [...] .

[...].

Com efeito, quando não há mais falar no vínculo estatutário é conferido prazo de sessenta dias para pagamento, sob pena de inscrição em dívida.

Cumpre registrar que o entendimento recentemente consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC, Recurso Especial n.º 1.350.804/PR, segundo o qual a inscrição em dívida ativa não é a forma de cobrança adequada para os valores indevidamente recebidos a título de benefício previdenciário previstos no art. 115, II, da Lei n. 8.213/91, que devem submeter-se a ação de cobrança por enriquecimento ilícito para apuração da responsabilidade civil, não se aplica aqui. Eis o teor da decisão:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDAMENTE PAGO QUALIFICADO COMO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ART. 154, §2º, DO DECRETO N. 3.048/99 QUE EXTRAPOLA O ART. 115, II, DA LEI N. 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA POR AUSÊNCIA DE LEI EXPRESSA. NÃO INCLUSÃO NO CONCEITO DE DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA.

1. Não cabe agravo regimental de decisão que afeta o recurso como representativo da controvérsia em razão de falta de previsão legal. Caso em que aplicável o princípio da taxatividade recursal, ausência do interesse em recorrer, e prejuízo do julgamento do agravo regimental em razão da inexorável apreciação do mérito do recurso especial do agravante pelo órgão colegiado.

2. À mingua de lei expressa, a inscrição em dívida ativa não é a forma de cobrança adequada para os valores indevidamente recebidos a título de benefício previdenciário previstos no art. 115, II, da Lei n. 8.213/91 que devem submeter-se a ação de cobrança por enriquecimento ilícito para apuração da responsabilidade civil. Precedentes: REsp. nº 867.718 - PR, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 18.12.2008; REsp. nº 440.540 - SC, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 6.11.2003; AgRg no AREsp. n. 225.034/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 07.02.2013; AgRg no AREsp. 252.328/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 18.12.2012; REsp. 132.2051/RO, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23.10.2012; AgRg no AREsp 188047/AM, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 04.10.2012; AgRg no REsp. n. 800.405 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 01.12.2009.

3. Situação em que a Procuradoria-Geral Federal - PGF defende a possibilidade de inscrição em dívida ativa de benefício previdenciário indevidamente recebido por particular, qualificado na certidão de inscrição em dívida ativa na hipótese prevista no art. 115, II, da Lei n. 8.213/91, que se refere a benefício pago além do devido, art. 154, §2º, do Decreto n. 3.048/99, que se refere à restituição de uma só vez nos casos de dolo, fraude ou má-fé, e artigos 876, 884 e 885, do CC/2002, que se referem a enriquecimento ilícito.

4. Não há na lei própria do INSS (Lei n. 8.213/91) dispositivo legal semelhante ao que consta do parágrafo único do art. 47, da Lei n. 8.112/90. Sendo assim, o art. 154, §4º, II, do Decreto n. 3.048/99 que determina a inscrição em dívida ativa de benefício previdenciário pago indevidamente não encontra amparo legal.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1350804/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 28/06/2013).

Depreende-se do acórdão citado que o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela impossibilidade de inscrição em dívida justamente em razão de ausência de previsão legal. Conforme se decidiu, seria

necessário dispositivo similar ao parágrafo único do art. 47, da Lei n.º 8.112/90.

A contrario sensu, entendeu-se pela adequação do regramento do estatuto dos servidores públicos federais, reputando assim válida a inscrição em dívida no caso de não quitação do débito no prazo de sessenta dias.

Ao servidor público, no caso de reforma de tutela antecipada, não é dado escolher se terá que restituir ou não, o desconto é imposto no contracheque independentemente de aquiescência, ao ex-servidor não pode ser conferida situação mais favorável. Como não pode haver o desconto, inscreve-se o débito em dívida, em caso de não pagamento no prazo de sessenta dias, regra perfeitamente compatível com o que dispõe o art. 46, § 3º, do estatuto dos servidores públicos federais.

8 CONCLUSÃO

O pagamento efetivado por força de antecipação de tutela posteriormente reformada é um pagamento indevido, como tal, sob pena de enriquecimento sem causa, deve o valor levantado ser ressarcido.

A boa-fé daquele que recebeu quantia indevida não afasta o dever de ressarcir, apenas conferindo, na hipótese de pagamento com entrega de coisa, direito aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido.

Se aquele que recebeu o pagamento indevido laborou de má-fé, além do necessário ressarcimento, responderá por perdas e danos.

O ressarcimento do pagamento indevido é a regra, nada havendo na legislação processual ou no regime publicista que aponte para solução diversa apenas por se tratar o favorecido de servidor público. Muito pelo contrário.

Os efeitos da antecipação de tutela, em regra, devem ser reversíveis, de sorte que, uma vez reformada a decisão, as providências realizadas para atribuir efeitos práticos ao provimento jurisdicional devem ser revertidas.

A responsabilidade de reverter os efeitos práticos da decisão judicial posteriormente reformada é objetiva, tendo o favorecido o dever de reparar eventuais prejuízos causados à parte adversa independentemente de culpa. Nas hipóteses em que a antecipação de tutela foi conseguida com o concurso de má-fé, além da reparação, incidirá o art. 16 do Código de Processo Civil.

Não há falar, bem assim, na irrepetibilidade dos alimentos, exceção ao efeito *ex tunc* da revogação da tutela, que é aplicável

aos alimentos provisórios fixados na inicial em ação de alimentos, nas ações ordinárias de nulidade e anulação de casamento, e outras situações expressamente previstas em lei. Por ser medida excepcional, não se admite interpretação ampliativa ou analógica.

É certo que, tratando-se de servidores públicos, a jurisprudência tutela a percepção de boa-fé de forma especial, mas esse cuidado se presta a amparar situações nas quais o servidor público não tenha contribuído para o pagamento indevido, percebendo a vantagem de boa-fé em razão de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública. Esse não é o caso dos pagamentos decorrentes de determinação judicial, hipótese na qual o pagamento é efetivado à revelia da Administração Pública.

Os posicionamentos conflitantes existentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que ora determinavam o ressarcimento, em homenagem à exigência de reversibilidade da tutela antecipada e à expressa previsão do art. 46, da Lei n.º 8.112/90, ora, com fundamento no suposto princípio da irrepetibilidade de alimentos e na percepção de valores de boa-fé, decidiam em sentido diverso, foram finalmente superados com a decisão proferida pela Primeira Seção desse Tribunal, Recurso Especial n.º 1.384.418-SC.

Nessa oportunidade, restou também superado o entendimento mitigado, por vezes aplicado nas discussões que envolvessem benefícios previdenciários, quando, em razão do caráter alimentar da verba, não se admitia a restituição.

A decisão da Primeira Seção pacifica a jurisprudência acerca do assunto, sedimentando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a adequada interpretação da legislação infraconstitucional no ponto, no sentido de que as verbas recebidas por força de tutela antecipada posteriormente reformada, seja por servidor público, seja por beneficiário da Previdência, devem ser resarcidas ao erário.

No que respeita à forma pela qual deve se dar o ressarcimento, insta observar que a Administração não reconhecia o direito ao pagamento e este só foi efetivado em razão do cumprimento de decisão judicial, quando esta é reformada, não há que se exigir prévio procedimento administrativo para o desconto. A posição da Administração já é conhecida, não só por ter negado a efetivação do pagamento, mas por resistir em juízo à pretensão.

Exigir a feitura de processo administrativo propriamente dito nessa situação, seria impor a realização de atos contraproducentes, sabendo-se a conclusão a que se chegaria ao final.

O litígio que existia, derivado do fato de a Administração não reconhecer o direito ao pagamento e opor resistência inclusive em

juízo, já fora solucionado pelo Poder Judiciário, não havendo mais controvérsia a ser dirimida.

Também por esse motivo, não se faz necessária a aquiescência do servidor para a efetivação do desconto. A ausência de concordância com a efetivação do desconto de valor apurado na seara administrativa implicaria necessidade de a Administração acionar o Judiciário. Sucede que nessas hipóteses já há decisão definitiva da justiça, não fazendo sentido que se ajuíze nova ação para que se forme novo título executivo.

Para o servidor em débito com o erário que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, a teor do art. 47 da Lei n.º 8.112/90, não há falar em desconto, até por que não há mais vínculo, estabelecendo-se prazo de sessenta dias para que o ressarcimento seja efetuado. Caso o débito não seja quitado no prazo previsto, haverá inscrição em dívida ativa.

REFERÊNCIAS

- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 4, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v. 2, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 2, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PRADO, Leandro Cadenas. *Servidores Públicos Federais: Lei n. 8.112/90*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. v. 2, 4. ed. São Paulo: Método, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

A LICENÇA PATERNIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO NOS CASOS DE AUSÊNCIA DA FIGURA MATERNA: UM ESTUDO A PARTIR DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

PATERNITY LEAVE IN PUBLIC SERVICE IN THE EVENT OF ABSENCE OF MOTHER FIGURE: A STUDY FROM THE RIGHT AS INTEGRITY

Vânia Mendes Ramos da Silva
Procuradora Federal¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Importância dos paradigmas constitucionais como pressuposto para a interpretação constitucional; 2 A Proteção constitucional da família; 2.1 O conceito de família e a alteração da estrutura familiar brasileira; 2.2 As licenças paternidade e maternidade como medidas protetivas do núcleo familiar; 3 A licença paternidade no serviço público no caso de ausência da figura da mãe; 3.1 A previsão legislativa e o entendimento administrativo e jurisprudencial atuais; 3.2 A necessária releitura principiológica da licença paternidade: o contributo de Ronald Dworkin; 4 Conclusões; Referências.

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais Especialista em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais/Faculdade Newton Paiva. Especialista em Direito constitucional pela Instituição de Ensino Luiz Flávio Gomes/Faculdade Anhanguera/Uniderp. Pós-Graduanda em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB. E-mail: vania.mrs@hotmail.com.

RESUMO Este trabalho apresenta o problema gerado pela ausência da figura materna quando do nascimento de uma criança. A previsão legal concede apenas à mãe, servidora pública, um afastamento condizente com as necessidades do bebê recém-nascido ou da criança recém adotada. Nada obstante, existem circunstâncias em que a mãe não está presente, seja pelo seu falecimento durante ou logo após o parto, por seu desejo de abandonar a família imediatamente após o nascimento do bebê ou pela própria inexistência da mulher nas famílias monoparentais masculinas ou homossexuais masculinas. Nessas circunstâncias a família e a criança ficam vulneráveis e destituídas de um direito constitucionalmente tutelado. A proposta é discutir o tema à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da Teoria da Integridade do Direito formulada por Ronald Dworkin para encontrar a melhor justificativa jurídica que tornem efetivos direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Servidor Público. Licença à Gestante e à Adotante. Ausência da Figura Materna. Princípios da Igualdade, Liberdade, Dignidade da Pessoa Humana. Proteção à Família e à Criança. Integridade do Direito. Licença Paternidade Concedida nos Mesmos Moldes da Mulher.

ABSTRACT: This paper presents the problem created by the absence of the mother at the birth of a child. The legal provision grants only to the mother, public servant, a departure consistent with the needs of the newborn baby or newly adopted child. Nonetheless, there are circumstances in which the mother is not present, either by his death during or shortly after childbirth, for his desire to leave the family immediately after the baby is born or by the lack of women in male single parents or gay male. In these circumstances the family and child are vulnerable and deprived of a constitutionally protected right. The proposal is to discuss the topic in the light of the Brazilian legal system and the theory of Integrity Law formulated by Ronald Dworkin to find the best legal justification to make effective fundamental rights and guarantees.

KEYWORDS: Public Servant. License the Pregnancy and the Adopter. Absence of the Mother Figure. Principles of Equality, Liberty, Human Dignity, Protection of Family and Children. Integrity Law. Paternity leave Granted in the Same Way the Woman.

INTRODUÇÃO

A alteração da estrutura familiar brasileira tem provocado uma grande necessidade de revisão dos institutos jurídicos voltados à sua proteção. É conduta abominável desconsiderar as famílias monoparentais e homoafetivas, relegar a ascendente importância do trabalho da mulher para o sustento familiar e a crescente presença dos homens na criação dos filhos.

Um dos pontos que mais tem chamado a atenção, nesse contexto, é o instituto da licença paternidade, o qual tem demandado uma reinterpretação mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direitos, sobretudo nos casos de adoção por homem solteiro ou por casal homoafetivo e também quando ocorre o prematuro falecimento da mãe no parto ou logo após ou quando esta deixa o lar *incontinenti* ao nascimento da criança.

Essas situações de ausência da figura materna tem gerado extrema injustiça quando se concede ao pai, servidor público, um afastamento do trabalho por apenas 05 (cinco) dias.

Necessário, portanto, realizar uma reavaliação dos institutos da licença maternidade, paternidade e à adotante em cotejo com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proteção integral à criança e da proteção à família, considerando o ordenamento jurídico como integridade como propõe a teoria desenvolvida pelo filósofo americano Ronald Dworkin.

Essa necessária equivalência entre licença paternidade e maternidade, nos casos de ausência materna, efetiva o princípio da isonomia insculpido na Constituição, na medida em que se constitui em instrumento equalizador do espaço laboral disputado por homens e mulheres e invoca uma maior participação da figura masculina no espaço doméstico, sobretudo no cuidado com os filhos, aprimorando os papéis sociais dos sexos masculino e feminino e auxiliando na construção da Justiça e de uma sociedade mais fraterna e solidária.

Um verdadeiro tratamento igualitário, sem distinção de sexo, remodela a sociedade e insere homens e mulheres em novos espaços sociais tidos como “tradicionalis” e “inerentes” a cada um até então. Rompem-se as barreiras do preconceito e promove-se, consequentemente, um maior estímulo à adoção por casais homoafetivos e por homens solteiros, ampliando as possibilidades das crianças desprovidas de um núcleo familiar, relegadas aos precários cuidados de instituições estatais ou abandonadas nas ruas.

À luz da teoria de Ronald Dworkin, esforça-se no presente trabalho para a realização de uma leitura do ordenamento jurídico enquanto integridade, que propicie a visão dos dispositivos legais sob a luz que melhor possam ser enxergados, bem como de maneira que mais

efetivem direitos e garantias fundamentais, respeite a pluralidade dos grupos que compõem a sociedade brasileira e a transforme em um espaço verdadeiramente democrático.

É interessante como o preconceito contra a mulher, que perdurou durante anos e ainda hoje é objeto de lutas, se inverte na presente situação. Essa é uma das raras hipóteses em que os homens assumem a posição de minoria e merecem, enquanto integrantes de uma sociedade multifacetada, ver reconhecida a proteção constitucional de cuidar do filho recém-nascido ou recém-adoitado, por tratar-se de um direito da família e da criança enquanto ser humano em formação, vulnerável e carente de cuidados muito especiais nessa fase inicial da vida.

A ausência da figura materna não pode suprimir o direito que a criança tem de ser assistida, nem o direito da família a essa proteção *sui generis*. Imperioso compreender que a ausência de regramento normativo é meramente aparente, pois o ordenamento oferece sim uma resposta à controvérsia.

A criança, desde a mais tenra idade, precisa desenvolver laços afetivos com seus parentes mais próximos. A concretização desse verdadeiro direito é um dever da família e um dever do próprio Estado, que precisa, assim, tutelar o núcleo familiar de seus servidores públicos à luz dos princípios da dignidade humana, da liberdade e da isonomia.

A prática judicial pátria já reconhece o direito do servidor público em ver equiparada a licença paternidade e ao adotante em condições de igualdade com a mulher, nas hipóteses de ausência da mãe. Mas ainda existem entendimento divergentes e, não raro, as decisões favoráveis se respaldam em superados critérios interpretativos, assim como na técnica de ponderação de princípios, que não observa o conceito de integridade.

Apesar do equívoco dos indeferimentos administrativos implicarem numa óbvia necessidade de intervenção judicial, a jurisprudência é ainda escassa, demonstrando que os servidores pouco tem recorrido à tutela jurisdicional. O tema é, portanto, recente na rotina dos tribunais, não tendo sido objeto de decisões pelos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

1 A IMPORTÂNCIA DOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS COMO PRESSUPOSTO PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para construirmos um contexto que permita a compreensão da importância da teoria de Ronald Dworkin e a premência com que o Estado Democrático de Direitos conclama para o reconhecimento de que a Constituição é algo em permanente construção por intermédio da prática interpretativa, necessária uma rápida introdução sobre os paradigmas constitucionais da modernidade, que influenciam sobremaneira a forma de enxergar o ordenamento.

O conceito de paradigma é delineado por Menelick de Carvalho Neto, com assento na ciência de Thomas Kuhn, como um pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Corresponde a grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinas sociedades por períodos de tempo e em contextos determinados.²

São três os grandes paradigmas constitucionais: o primeiro deles é o do *Estado de Direito* que rompe com o paradigma antigo-medieval, possibilitando a instituição de uma sociedade dissociada das figuras da escravidão e da servidão, afirmado, pela primeira vez na história, que todos os homens são livres, iguais e proprietários.³

Sob os auspícios desse paradigma a igualdade é compreendida como algo meramente formal - ou seja, todos são iguais no sentido de se apresentarem agora como proprietários, no mínimo de si próprios, e, assim, formalmente, todos devem ser iguais perante a lei, porque enquanto proprietários são sujeitos de direitos. Por sua vez, a liberdade é delineada como a possibilidade de fazer tudo aquilo que um mínimo de leis não proíbam.⁴

Para o Estado de Direito o sistema normativo é composto de regras gerais e abstratas, válidas universalmente para todos os membros da sociedade, que, assim, desejava um mínimo delas, pois já que liberdade é fazer tudo aquilo que as leis não proíbam, quanto menos leis, mais livres seriam as pessoas para desenvolver as suas propriedades.⁵ Nesse contexto, ainda nos ensinamentos de Menelick de Carvalho Neto, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos e a interpretação algo a ser até mesmo evitado.⁶

Após a I Guerra Mundial inicia-se o declínio do Estado de Direito para dar lugar a ascensão do Estado Social. Aquela ideia de que o Estado mínimo deveria garantir o máximo de liberdade aos indivíduos, do livre curso da sociedade civil, levou a uma desmedida exploração do homem pelo homem que conduziu a humanidade a vivenciar uma riqueza e uma miséria sem precedentes e a uma luta social intensa que culminou com o surgimento

² CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB. 2º Semestre de 1998.

³ CARVALHO NETO, Menelick de. *Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/course/view.php?id=9>. Acesso em: 22 dez. 2013.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB. 2º Semestre de 1998.

de um novo tipo de constitucionalismo, a redefinição dos direitos de *liberdade* e *igualdade*, e a ampliação da tábua de direitos fundamentais.⁷

A ideia de liberdade agora no Estado Social se assenta numa igualdade tendencialmente material, através do reconhecimento na lei das diferenças materiais entre as pessoas, e sempre na proteção do lado mais fraco das várias relações.⁸

Surgem os direitos coletivos e sociais, como o de greve e de livre organização sindical e partidária, os direitos trabalhistas, de seguridade e previdência sociais, acesso à saúde, à educação e ao lazer.⁹ E é nesse panorama que se inserem as licenças maternidade e paternidade, resultados da ampliação da tábua de direitos fundamentais dos trabalhadores como contraponto ao capital e em respeito à condição de seres humanos que necessitam se afastar do labor para se dedicar à prole por um período pré-determinado, com garantia de retorno ao posto de trabalho.

No paradigma do bem estar social, a seara de atuação do Estado é extraordinariamente ampliada para abranger tarefas vinculadas a essas novas finalidades econômicas e sociais que, agora, lhe são atribuídas. O próprio ordenamento ganha um novo grau de complexidade e o juiz diante desse panorama não pode ter a sua atividade reduzida a um mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei tomada como a premissa maior sob a qual se subsume automaticamente o fato. Aplicar a lei reclama métodos muito mais sofisticados e capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do direito que a mesma prefigura. O trabalho do juiz é muito mais elaborado e complexo com vistas a garantir as dinâmicas e amplas finalidades dos programas e tarefas sociais.¹⁰

O Estado Social não se sustenta tanto pela impossibilidade de manutenção da pesada máquina administrativa quanto pela frustração com as promessas não adimplidas de construção da cidadania e da democracia. O Estado Democrático de Direitos, com seu Direito participativo, pluralista e aberto, surge, então, como viabilizador desses dois pilares através da participação popular efetiva e da garantia de inclusão das minorias nos processos decisórios. Esse novo pano de fundo outra vez amplia a tábua de direitos fundamentais para incluir novos tipos de direitos, como o Direito Ambiental, o Direito ao Patrimônio Histórico, o Direito do Consumidor. Direitos esses que apresentam a natureza de proteção jurídica de interesses difusos e coletivos, que novamente exigem a revisão de tudo, sobretudo na postura do responsável pela prestação jurisdicional, para fazer face aos

⁷ CARVALHO NETO, op. cit.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB. 2º Semestre de 1998.

desafios decorrentes do processo de contínuo aumento da complexidade da sociedade moderna, cujas decisões demandam cumprir simultaneamente os critérios de segurança jurídica e aceitabilidade racional.¹¹

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito é de se exigir das decisões judiciais e administrativas que satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como certeza jurídica, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.¹²

Para tanto, os operadores do ordenamento precisam lembrar de que os princípios também são normas jurídicas, que operam ativamente no ordenamento, condicionam a leitura das regras, suas contextualizações e interrelações, e possibilitam a integração construtiva da decisão adequada de um *hard case*.¹³

É, portanto, sob o pano de fundo do Estado Democrático de Direitos que se conclama para a aplicação da teoria de Ronald Dworkin, porque as limitadas técnicas interpretativas de antes são insuficientes e não dão conta da complexidade plural e participativa da democracia, nem da construção de um Estado justo, fraterno e solidário. As especificidades do caso concreto em harmonia com o ordenamento observado em seu conjunto, nessa sociedade reconhecidamente multifacetada, precisam guiar a produção da norma adequada para reger uma dada situação específica.

Os princípios constitucionais precisam protagonizar as decisões judiciais, cumprindo seu papel de orientar a interpretação das normas inferiores e servir como medida de conformidade ou não conformidade ao conteúdo de todas as outras leis e atos jurídicos. E a correta aplicação desses princípios a casos particulares vão muito além de uma simples regra linguística ou referência semântica, dependendo de uma prática interpretativa de releitura dos direitos constitucionais a partir de uma perspectiva cada vez mais inclusiva.¹⁴

Para cumprir esse intento, as modernas teorias filosóficas de hermenêutica constitucional precisam ser mais exploradas, tanto para garantir a segurança jurídica, quanto para produzir decisões que vão muito além do que está literalmente escrito nas leis, conferindo sentido ao ordenamento jurídico como produto de uma sociedade em aprimoramento e que caminha na busca da verdadeira Justiça.

11 CARVALHO NETO, op. cit.

12 CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB. 2º Semestre de 1998.

13 Ibidem.

14 MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *O que uma constituição constitui? Uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo*. *Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Direito da Universidade Federal da Paraíba*. n. 1. 2010.

2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA

2.1 O conceito de família e a alteração da estrutura familiar brasileira

Pelo dicionário, família é o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco entre si e vivem na mesma casa formando um lar. É considerada a instituição responsável pela educação dos filhos e por influenciar o comportamento dos mesmos no meio social, através de transmissão de valores morais e sociais que servirão de base para o processo de socialização da criança, bem como as tradições e os costumes perpetuados através de gerações.¹⁵

Nas palavras de Gustavo Tepedino, a família é o núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e da promoção da dignidade de seus integrantes¹⁶.

No direito brasileiro, a partir da metade do Século XX, paulatinamente o legislador foi vencendo barreiras e resistências atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição Federal de 1988, que, instituindo o Estado Democrático de Direitos, não mais restringe a origem da filiação, inaugura a absoluta igualdade entre os cônjuges, assegura a proteção integral à família e reconhece a existência da família monoparental.¹⁷

A Constituição de 1988 consagra a proteção à família no artigo 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento como na união de fato, a família natural e a família adotiva, protegendo a célula familiar independentemente do matrimônio e da própria existência de um casal, quando reconhece a família constituída apenas pelo filho e um dos pais.¹⁸

Constata-se, destarte, que o conceito de família não tem origem jurídica, mas eminentemente sociológica e, desse ponto de vista, inexiste um conceito unitário de família. O conceito vem evoluindo com o tempo e passou por transformações profundas, desafiadoras para o Direito, conforme destaca Sílvio de Salvo Venosa¹⁹:

A passagem da economia agrária à economia industrial atingiu irremediavelmente a família. A industrialização transforma drasticamente a composição da família, restringindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos. A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho. No século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis

¹⁵ <http://www.significados.com.br/familia/>

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/tepedino_3.html>. Acesso em: 30 out. 2013.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. v. VI. 6. ed. São Paulo. Atlas, 2006.

¹⁸ Ibidem, p. 06/07.

¹⁹ ibidem, p. 06/07.

efeitos no meio familiar. Na maioria das legislações, a mulher, não sem superar enormes resistências, alcança os mesmos direitos do marido. Com isso, transfigura-se a convivência entre pais e filhos. Estes passam mais tempo na escola e em atividades fora do lar. A longevidade maior decorrente de melhores condições de vida permite que várias gerações diversas convivam. Em futuro próximo, será comum a convivência de pais, avós, netos, bisnetos, o que gerará igualmente problemas sociais e previdenciários nunca antes enfrentados. Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões tradicionais fazem aumentar o número de divórcios. As uniões sem casamento, apesar de serem muito comuns em civilizações do passado, passam a ser regularmente aceitas pela sociedade e pela legislação. A unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não mais tem como baluarte exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independentemente das núpcias. Coube à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais, que se fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra. Na década de 70, em toda a civilização ocidental, fez-se sentir a família conduzida por um único membro, o pai ou a mãe. Novos casamentos dos cônjuges separados forma uma simbiose de prole. O controle e o descontrole de natalidade são facetas do mesmo fenômeno. Quanto mais sofisticada a sociedade, maior o controle de natalidade. Com isso, agravam-se os problemas sociais decorrentes do mesmo fenômeno, aumentando a miséria das nações pobres e dificultando, com a retração populacional, a sustentação do Estado e da família nas nações desenvolvidas. Por isso, as emigrações étnicas para os países desenvolvidos criam novas células familiares, com novos valores, com dificuldade de assimilação para as primeiras gerações nas novas terras. Casais homoafetivos vão paulatinamente obtendo o reconhecimento judicial e legislativo. Em poucas décadas, portanto, os paradigmas do direito de família são diametralmente modificados. O princípio da indissolubilidade do vínculo do casamento e a ausência de proteção jurídica aos filhos naturais, por exemplo, direito positivo em nosso ordenamento até muito recentemente, pertencem definitivamente ao passado e à História do Direito do nosso país. Atualmente, o jurista defronta-se com um novo direito de família, que contém surpresas e desafios trazidos pela ciência.

Assim, a Constituição de 1988 promoveu o deslocamento do centro da tutela familiar do casamento para as relações familiares dele decorrentes (mas não exclusivamente dele). A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar a uma tutela

funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.²⁰

Altera-se, portanto, o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.²¹

Os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo lamentavelmente ainda se configuram em um desafio para o legislador positivo, que precisa quebrar as barreiras do preconceito para simplesmente admitir a existência de um fenômeno que está aí, diante de todos os olhos é já encontra sólido reconhecimento jurisprudencial.

Assim, considerando apenas o contexto constitucional expresso, a família é decorrente dos seguintes institutos: a) casamento civil; b) união estável entre homem e mulher; c) família monoparental²².

Nada obstante, diante do dinamismo das relações familiares, bem como da premente necessidade de proteção ao núcleo familiar, tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o rol constitucional familiar é meramente exemplificativo e não taxativo. Nada mais correto esse posicionamento, visto que é a prática interpretativa associada às peculiaridades da realidade social que atualiza e pereniza o sistema, sempre aberto e incompleto dos direitos constitucionais.²³

Conforme ressalta Raphael Peixoto de Paula Marques *apud* J.J. Gomes Canotilho: *A própria Constituição de 1988 prevê no seu art. 5º, §2º [...] uma cláusula de abertura de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõem no horizonte da ação humana.*²⁴

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.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/tepedino_3.html>. Acesso em: 30 out. 2013.

²¹ Ibidem.

²² TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

²³ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O que uma constituição constitui? Uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. *Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Direito da Universidade Federal da Paraíba*. n. 1. 2010.

²⁴ Ibidem.

E é sob essa perspectiva inclusiva dos direitos fundamentais e diante do caráter abstrato e principiológico da Constituição²⁵ que são admitidas ainda outras manifestações familiares para além do texto expresso, assim sistematizadas por Flávio Tartuce (2013, p. 1066)²⁶: d) *Família anaparental*: que quer dizer família sem pais. Ilustrando a aplicação do conceito, o STJ entendeu que o imóvel em que residem duas irmãs solteiras constitui bem de família, pelo fato delas formarem uma família; e) *Família homoafetiva*: constituída por pessoas do mesmo sexo, conforme reconhecido pelo STF no julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF; f) *Família mosaico ou pluriparental*: aquela decorrente de vários casamentos, uniões estáveis ou mesmo simples relacionamentos afetivos de seus membros.

Curvando-se a essa tendência e ao posicionamento judicial, o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social - desde a edição da Instrução Normativa nº 25/2000, já vinha reconhecendo a relação homossexual como uma união estável (desde que apresentada a documentação mínima necessária), após a Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, que teve tramitação na 3ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, da Seção Judiciária Federal do Estado do Rio Grande do Sul, que reconheceu o direito de obter pensão por morte do companheiro participante do Regime Geral da Previdência Social.^{27,28}

²⁵ MARQUES,op. cit.

²⁶ TARTUCE, op. cit., 2013.

²⁷ Decisão proferida no processo administrativo nº 36474.001600/2011-27. Disponível em <http://errecursos.previdencia.gov.br/search.php?num_processo=36474001600201127> Acesso em 05/09/2013

²⁸ "INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 25, DE 07 DE JUNHO DE 2000 - DOU DE 08/06/2000 – Revogada pela INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 45, DE 06 DE AGOSTO DE 2010 Publicada no DOU 110-E de 08.06.2000 com incorreção Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

A DIRETORIA COLEGIADA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em reunião extraordinária realizada no dia 07 de Junho de 2000, no uso da competência que lhe foi conferida pelo inciso III, do artigo 7º, do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria nº 6.247, de 28 de dezembro de 1999, e CONSIDERANDO a determinação judicial proferida em Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0; CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer rotinas para uniformizar procedimentos a serem adotados pela linha de benefícios, resolve:

Art. 1º - Disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual.

Art. 2º - A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro ou companheira homossexual, reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC nº 20, de 18.05.2000.

Art. 3º - A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos:

I declaração de Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

II disposições testamentárias;

III declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);

IV prova de mesmo domicílio;

V prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

VI procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

VII conta bancária conjunta;

VIII registro em associação de classe, onde conste o interessado como dependente do segurado;

IX anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, reforçando o coro do reconhecimento da natureza dinâmica e inconclusa do rol de direitos fundamentais, bem como do aspecto inacabado e de aprendizado permanente da Constituição - que deve ser constantemente refundamentada e relegitimada pela inclusão das diferenças²⁹ - possibilitou a formalização da união civil homoafetiva pelos cartórios de todo o país.³⁰

Sob essa perspectiva, não é mais possível que se perpetue o descaso para com direitos que são mera decorrência e que servem à efetivação desse reconhecimento de igualdade entre as espécies de relações familiares, que embora não literalmente expressas, também são tuteladas pelo Direito Constitucional.

Nesse contexto evolutivo da estrutura familiar brasileira, a adoção também caminhou muito e, cada vez mais, recebe proteção estatal e grande reconhecimento social. Trata-se de instituto jurídico humanizador, de inclusão social, que resguarda o princípio da proteção integral à criança que se torna órfã ou é abandonada pelos pais biológicos conferindo-lhes direitos sucessórios e previdenciários e aos pais os direitos decorrentes do poder familiar.

O princípio da igualdade é ínsito ao instituto da adoção, na medida em que representa uma modalidade artificial de filiação inserindo a criança em tudo e por tudo na família, conferindo-lhe a mesma posição da relação biológica (Art. 41 da Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), seja entre filhos de uma mesma família, ou de uma família em relação a outra. A criança adotada e os pais adotivos tem os mesmos direitos e deveres que regem as relações familiares entre filhos e pais biológicos.

O livre planejamento familiar, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, é também diretriz constitucional da tutela das relações familiares, cabendo ao Estado fornecer os recursos educacionais e científicos para operacionalizar esse direito. Trata-se de garantia decorrente do próprio valor maior de liberdade, também contextualizado pelo constituinte nas relações familiares, afastando quaisquer tentativas de ingerências externas sobre

X - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XI ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;

XII - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;

XIII quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Art. 4º - Para a referida comprovação, os documentos enumerados nos incisos I, II, III e IX do artigo anterior, constituem, por si só, prova bastante e suficiente, devendo os demais serem considerados em conjunto de no mínimo três, corroborados, quando necessário, mediante Justificação Administrativa JA.

Art. 5º - A Diretoria de Benefícios e a DATAPREV estabelecerão mecanismos de controle para os procedimentos ora estabelecidos nesta Instrução Normativa.

Art. 6º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação. “

29 MARQUES, op. cit.

30 Informativo n.º 625 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>> Acesso em: 05 set. 2013.

o número de filhos e o momento em que um casal – heterossexual ou homoafetivo – ou uma pessoa solteira irá concebê-los ou adota-los.

A Constituição de 1988 abraçou a nova formulação da estrutura familiar que já despontava, o que, por seu turno, oportunizou à sociedade uma maior aceitação das diferenças e um verdadeiro desejo pelos benefícios da inclusão social como baluarte para a construção da pluralidade democrática. A sociedade tem se redescoberto e está hoje muito mais madura para se desenvolver e crescer ainda mais na busca da materialização dos ideais almejados quando da promulgação da Constituição.

Estimular a adoção por homens solteiros e casais homoafetivos masculinos só promove o bem à sociedade, reinserindo crianças despidas de um lar num contexto familiar de amor e salvaguarda de sua formação social, emocional e psicológica, construindo seres humanos muito mais felizes, tanto os pais adotivos quanto as crianças adotadas. De igual maneira, incentivar os pais que perderam suas esposas precocemente e que, de forma inesperada, precisam cuidar sozinho de uma criança recém nascida é promover a dignidade humana e os princípios da solidariedade e fraternidade.

2.2 As licenças paternidade e maternidade como medidas protetivas do núcleo familiar

A igualdade, a liberdade e a dignidade humana estão, destarte, a todo momento sendo reafirmados no Texto Constitucional e na legislação ordinária para conferir a certeza de que os direitos e garantias fundamentais serão respeitados no mais aparentemente privado núcleo das relações interpessoais: a família.

Conforme destacado por Marcos Paulo Patullo, o conceito formal de igualdade, extraído da literalidade da Constituição, estabelece que a lei não pode implicar em discriminações ilógicas e deve buscar a proteção dos direitos necessários à ordenação da vida social.³¹ Em Dworkin, ainda nas palavras daquele autor, esse conceito é muito mais sofisticado consistindo na necessidade de se tratar a todos os cidadãos com “igual respeito e consideração”, condição *sine qua non* para a legitimidade substantiva de um governo democrático.³²

Os governantes possuem, pois, liberdade para formular as leis e as políticas que acharem melhor para a sociedade, desde que não desrespeitem os princípios formulados pela moral social, em especial o da igual consideração por todos os cidadãos.³³

31 PATULLO, Marcos Paulo Falcone. *A Igualdade No Pensamento de Ronald Dworkin*. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp125204.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

32 Ibidem.

33 CHUEIRI, Vera Karan; SAMPAIO, Maria Joanna de Araújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Disponível em: <<http://mdf.secret.com.br/>>

A dignidade da pessoa humana precisa ser analisada também na definição de Ronald Dworkin, correspondendo a uma combinação entre os princípios do valor intrínseco da pessoa humana e da responsabilidade individual.³⁴

Marcos Paulo Patullo (2009) explica que³⁵:

O primeiro princípio, ao qual DWORKIN denomina de “*principle of intrinsic value*” (princípio do valor intrínseco), preconiza que cada “vida humana tem um tipo especial de valor objetivo”. A ideia de que a vida humana possui um valor intrínseco consiste na concretização, na teoria política dworkiniana, da máxima kantiana segundo a qual “o homem, e, numa maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Nesse contexto, “o sucesso ou derrocada de qualquer vida humana é, por si só, importante, algo que todos nós temos razão para querer ou lastimar”.

Marcos Paulo Pattulo³⁶ segue explicando que o princípio do valor intrínseco “[...] que expressa de forma muito clara tanto a igualdade, quanto a fraternidade, é completado pelo princípio da responsabilidade individual”:

[...], segundo o qual “cada pessoa tem uma responsabilidade especial pela realização do sucesso de sua própria vida, uma responsabilidade que inclui o exercício do julgamento acerca de qual vida será a de maior sucesso para ele”. DWORKIN atribui, nesse sentido, ao Estado o dever de prezar pela moralidade comunitária, mas confere ao indivíduo o privilégio de escolher os princípios éticos que guiarão a sua vida. Tal “privilégio” consiste, na verdade, em um direito / dever: todos têm o direito à autodeterminação, mas, ao mesmo tempo, possuem o dever de fazê-lo da melhor maneira possível.

Finalizando a exposição da teoria política de Dworkin, Marcos Paulo Patullo ressalta que³⁷:

[...] os dois princípios constitutivos da dignidade da pessoa humana representam a relação peculiar existente entre indivíduo e comunidade no pensamento dworkiniano, eis que o princípio do valor intrínseco da pessoa humana reflete a preocupação comunitária com o sucesso da vida de cada cidadão, ao passo que o princípio da responsabilidade individual representa a reafirmação dos dogmas da doutrina liberal, conferindo ao indivíduo o papel de protagonista na conformação de sua personalidade, mas, ao mesmo tempo, possui um aspecto obrigacional, que atribui ao cidadão o dever de

dmdocuments/vera.pdf. Acesso em: 20 dez. 2013.

³⁴ PATULLO, op. cit. Acesso em: 19 dez. 2013.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

otimização existencial, como forma de garantir não apenas o sucesso da vida individual, mas também da comunidade como um todo.

Desta feita, o anseio pelo respeito aos direitos constitucionais não incumbe apenas àqueles que estão sofrendo uma restrição e nem apenas ao Estado (instituição), mas a todos os cidadãos, que precisam almejar a consolidação do ideal democrático através do respeito aos princípios de igualdade, da liberdade, da preservação da dignidade humana e de todos aqueles que compõem o rol de direitos fundamentais. O respeito que o indivíduo possui pela própria vida é indissociável do respeito que se deve ter pela vida de seus concidadãos. E a esse propósito, Dworkin afirma, que *“você não pode agir de uma forma que denegue a importância intrínseca de qualquer vida humana sem insultar a sua própria dignidade”*.³⁸

Ao mesmo passo, cada indivíduo tem o direito à autodeterminação, mas o equivalente dever de fazê-lo da melhor maneira possível, o que repercute no consequente bem estar de toda a comunidade.

Ambos os princípios que compõem a dignidade da pessoa humana para Dworkin configuram, portanto, uma via de mão dupla, com toda a comunidade trabalhando em prol do indivíduo por meio do valor intrínseco, que deve nortear seus atos, e através do indivíduo exercendo sua autodeterminação da melhor maneira possível, ou seja em favor de si próprio, porém com vistas ao bem estar da coletividade.

Consoante esse ideal de dignidade, a todos os pais se destina o direito de criar, educar e cuidar de seus filhos da melhor maneira possível sendo esse também o seu dever. Às crianças deve ser proporcionado o direito ao melhor desenvolvimento, tangendo ao Estado, sob fiscalização da sociedade, garantir um ambiente jurídico favorável, democrático e isonômico para a consecução desse mister, sob pena de frontal ofensa à dignidade dessas famílias e de prejuízos não apenas individuais, mas que certamente serão suportados por toda a sociedade, na medida em que as pessoas individualmente prejudicadas - relegadas a piores condições de formação afetiva, psicológica e social - podem disseminar a amargura que experimentaram, retornando com menores índices de desenvolvimento escolar e rendimento no trabalho e maiores probabilidades de criminalidade.

Não existem, famílias de primeira e segunda categoria, já que as diversas modalidades de entidades familiares devem ver preservados, em igualdade de condições, todos os direitos inerentes ao seu saudável desenvolvimento. É discriminatória qualquer interpretação legal que privilegie uma espécie de entidade familiar em detrimento de outra, ou que seja capaz de impingir algum grau de inferioridade ou sacrifício da pessoa dos cônjuges ou dos filhos.

³⁸ PATULLO, op. cit.

A Constituição também previu expressamente a proteção à maternidade e à infância, inseridas no Art. 6º, além do princípio da proteção integral à criança, a partir do seu reconhecimento como pessoa em desenvolvimento e carente de cuidados especiais, devendo ser protegida pela família, pela sociedade e pelo Estado.

A teoria de proteção integral à *criança* parte da compreensão de que as normas que cuidam de crianças e de adolescentes devem concebê-los como cidadãos plenos, porém sujeitos à proteção prioritária, tendo em vista que são pessoas em desenvolvimento físico, psicológico e moral.

Trata-se de verdadeira doutrina consagrada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e da Organização das Nações Unidas (1989) e na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), assim como na Constituição da República Federativa do Brasil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que designa um sistema em que crianças e adolescentes, até 18 (dezoito) anos de idade, são considerados titulares de interesses subordinados, frente à família, à sociedade e ao Estado, cujos princípios, estão sintetizados no caput do artigo 227 da Constituição Federal.

Esse também o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 -, quando estabelece os direitos das crianças e os procedimentos para adoção. Ênfase para os artigos 3º, 4º, 20, 41 e 42, os quais definem a doutrina da proteção integral, estabelecem as obrigações a serem observadas pela família, sociedade e poder público e enfatiza a absoluta igualdade de direitos entre filhos adotados e biológicos.

As licenças maternidade, paternidade e à adotante dos servidores públicos, embora regulamentadas por normas de direito administrativo, são direitos fundamentais de cunho social que efetivam a proteção constitucional do núcleo familiar do servidor, tutelando o seu direito ao afastamento do trabalho para se dedicar exclusivamente aos cuidados com o filho recém-nascido ou recém adotado, sem prejuízo da continuidade do vínculo de trabalho e do cômputo do período para todos os fins de direito, tais como aposentadoria, aferição de antiguidade para fins de promoção e remoção, etc.

Conforme visto no primeiro capítulo, esses direitos são decorrência da ampliação da tábua de direitos durante o paradigma do Estado Social, surgido das reivindicações de uma distribuição mais justa da riqueza produzida e de uma defesa mais efetiva contra os riscos produzidos socialmente³⁹. O reconhecendo do caráter humano do trabalhador, bem como dos outros papéis sociais por ele desempenhados - como os de pais e mães, igualmente importantes para a comunidade - foram uma forma de minimizar os nefastos efeitos da crescente desigualdade das posições do poder econômico e das condições sociais ocorridos durante o Estado Liberal.

³⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Coesão Interna Entre Estado de Direito e Democracia na Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas*. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

Essas licenças correspondem, pois, à tutela previdenciária do servidor que rege a específica proteção da família e da criança quando do seu nascimento, relativamente ao seu direito de ser assistida por um dos pais, ao seu direito à adaptação ao mundo exterior e de integração à família que o recebe. Trata-se de período destinado à construção de laços e relações afetivas e aos cuidados com o recém-nascido, assim como à reorganização da família em torno do novo membro que chega.

As licenças maternidade, paternidade e à adotante não podem, portanto, ser enxergadas senão como instrumentos viabilizadores da efetiva proteção à família e ao desenvolvimento da criança em estágio extremamente especial de sua vida, qual o seja o nascimento ou ainda quando da fase inicial de sua inserção em uma família substituta, através da adoção.

Quem seria então o real destinatário da licença maternidade: mãe, a criança, a família?

Como acabou de ser dito, a regulamentação das licenças maternidade, paternidade e à adotante são instrumentos jurídicos que visam tornar concreta a proteção à família e à situação peculiar de cuidados com uma pessoa em desenvolvimento, ou seja visam à preservação da dignidade e do saudável desenvolvimento familiar. Claro que a mais importante das licenças é à maternidade, dado o prazo muito maior. E é sobre essa que mais relava destacar não tratar-se de um benefício propriamente voltado à proteção da mulher.

Para ilustrar, necessário citar o exemplo da Lei 11.804/08 que disciplina o pagamento dos alimentos gravídicos, os quais, embora pagos à mãe, se destinam à criança que está sendo gestada. A mãe apenas atua como intermediária no recebimento dos alimentos gravídicos, na condição óbvia de quem gesta aquela vida em formação e de protetora do bebê que está em seu ventre. Porém, os alimentos são, sem dúvida, destinados à proteção da criança, para que se desenvolva saudável no seio materno e para que possa contar com a contribuição do pai também nessa fase e não apenas após o nascimento. Por óbvio, um bebê é sempre fruto e responsabilidade de duas pessoas e se o pai existe e é conhecido também ele tem o dever de contribuir para o sustento e o bom desenvolvimento da criança desde a gestação.

Igual é a situação da licença maternidade, concedida à mulher enquanto cuidadora natural e mais próxima da criança que nasceu de seu ventre, mas destinada a assegurar a proteção e o bom desenvolvimento do bebê. E não é possível enxergá-la de outra maneira, porquanto se a licença se destinasse tão somente à mãe duraria apenas o tempo necessário à sua recuperação, variando a depender do tipo de parto e de complicações de saúde medicamente comprovadas, e não se caracterizaria em uma licença especial - à maternidade - com um prazo pré-determinado e tão elástico, mas se constituiria em mais uma hipótese de licença para cuidados com a própria saúde da servidora.

Alguns podem questionar e dizer que a licença maternidade se destina à amamentação, o que, por natureza, somente a mulher pode realizar. De fato, esse também é um de seus aspectos. Mas, se se destinasse exclusivamente à amamentação, como ficariam os casos em que a própria mãe não consegue amamentar o filho de forma natural? Estaria perdido o direito à licença? Por certo que não, pois o instituto não se restringe a esse aspecto.

A licença à gestante possui contornos muito mais amplos, destinando-se aos cuidados com a saúde do bebê - extremamente vulnerável a doenças e infecções -, inclusive com sua alimentação especial, mas também à adaptação da criança ao mundo que se lhe apresenta, à formação de laços psicológicos e afetivos entre o bebê e a família - nela incluída o pai, quando presente -, e à adaptação da família àquele novo ser humano que se agrega, bem como às providências para ser localizada uma pessoa ou instituição idôneas e confiáveis que possam tomar conta da criança - mais crescidinha - na ausência dos pais, sobretudo no retorno ao trabalho, quando os cuidados com o bebê não serão mais exclusivos.

Trata-se, por isso, de instituto com vistas ao saudável desenvolvimento familiar, célula mais importante da sociedade, que precisa ser respeitada, preservada e cuidada, com igual respeito e consideração, independentemente da modalidade em que se enquadre, para promover futuros bons resultados e participações positivas em benefício dos demais membros da coletividade.

3 A LICENÇA PATERNIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO NO CASO DE AU- SÊNCIA DA FIGURA DA MÃE

3.1 A previsão legislativa e o entendimento administrativo e jurispru- dencial atuais

As licenças maternidade e paternidade dos servidores públicos são acolhidas como direitos sociais do trabalhador no Artigo 7º, incisos XVIII e XIX da Constituição que disciplinou expressamente o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a licença à gestante, mas delegou ao legislador ordinário a fixação do prazo para a licença paternidade.

As licenças foram regulamentadas pelos artigos 207 a 210 da Lei 8.112/93, relativamente aos servidores públicos, que manteve o prazo estabelecido pelo Constituinte quanto à licença maternidade e simplesmente copiou o prazo de 05 (cinco) dias do Artigo 10, §1º do ADCT quanto ao afastamento paterno.

Em complementação à regulamentação da licença à gestante e à adotante, em 10 de setembro de 2008, foi sancionada a Lei nº 11.770 que institui o Programa Empresa Cidadã e prorroga por 60 dias a duração da licença-maternidade prevista na Constituição Federal. No caso dos

servidores públicos federais do Poder Executivo, foi editado o Decreto Executivo 6.690/08 que instituiu o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelecendo os critérios de adesão ao Programa. Nenhuma alteração foi realizada em relação à licença paternidade.

Verifica-se uma gritante diferença entre os prazos estabelecidos para a licença maternidade, cuja previsão pode chegar a 180 (cento e oitenta) dias para a mulher servidora, e a licença paternidade fixada em 05 (cinco) dias.

Infelizmente, o legislador ordinário, que poderia ter enfrentado as hipóteses de ausência da mãe, limitou-se a repetir o teor do Art. 10, §1º do Ato das Disposições Transitórias, que, como o próprio nome informa, regulou transitoriamente a matéria até que uma lei, mais bem discutida e elaborada, específica sobre o assunto, regulamentasse o dispositivo constitucional.

A previsão normativa, omitindo-se sobre as hipóteses de ausência materna, acabou por levar em consideração apenas a situação em que a criança será assistida por uma mãe e um pai - ambos necessariamente. Assim, a criança estará assistida pela mãe durante cento e oitenta dias e terá também o pai por perto nos primeiros cinco dias de vida. Outra conclusão não se avista, afinal de contas o prazo para a licença maternidade foi fixado com fundamento nas necessidades de cuidado com a criança, de modo que não guarda nenhuma coerência com a Constituição, nem com o ordenamento como um todo, uma afirmação no sentido de que a criança que tenha a sorte de contar com presença da mãe seja acompanhada por um adulto durante cento e oitenta dias, enquanto aquela que a perdeu fique à mercê de sua própria sorte, contando com o pai apenas durante seus primeiros cinco dias de vida.

Dito de outra forma, se ficou estabelecido que a criança precisa de cento e oitenta dias, pelo menos, de cuidados maternos, que ocorrerão de forma exclusiva, como será possível o seu desenvolvimento e assistência em caso da inexistência da figura materna?

Aparentemente foram relegadas ao limbo jurídico as famílias homoafetivas masculinas e monoparentais masculinas (decorrentes da perda da mãe durante ou logo após o parto ou da adoção por homem solteiro), em que inexiste a figura feminina. Depara-se, portanto, como um *hard case*, porquanto impossível encontrar uma resposta baseada na simples subsunção do fato concreto à norma geral e abstrata.

Nada obstante, esse “limbo” é apenas aparente porque a controvérsia encontra sim resposta no ordenamento jurídico, pois no contexto do Estado Democrático de Direitos e diante dos princípios constitucionais de igualdade, dignidade humana, proteção à família e à criança é inadmissível concordar que os filhos havidos nessas famílias serão assistidos por um adulto da família de forma exclusiva durante irrisórios cinco dias após o nascimento.

Em que pese o vanguardismo da própria Constituição no que diz respeito às relações familiares, a lei regulamentadora acabou por

perpetuar ranço do ordenamento antigo, num trabalho quase preguiçoso de cópia do ADCT, com previsão das licenças maternidade e paternidade apenas nas hipóteses mais tradicionais da antiga estrutura social, qual seja a família assentada no casamento entre homem e mulher, sem tratar do afastamento do pai nos casos em que a mulher não se afigura presente.

Passadas mais de duas décadas da promulgação Constituição, a sociedade evoluiu muito, tanto para introjetar as famílias monoparentais, especialmente a adoção por homem solteiro, como para aceitar as uniões homoafetivas e as famílias daí advindas. Acompanhando a mutação social, a doutrina e a jurisprudência avançaram e passaram a reconhecer o caráter exemplificativo do rol constitucional e tutelar todas as possíveis espécies de famílias que pudessem surgir.

Recentíssima alteração legislativa promovida pela Lei 12.873/2013 adequou a Lei 8.213 - que trata dos benefícios previdenciários dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social – ao texto constitucional, ampliando o prazo da licença adotante e estendendo-a ao segurado homem, bem como concedendo a licença maternidade ao segurado do sexo masculino nos casos de falecimento da mãe, senão vejamos:

LEI 12.873/2013: Nova Redação Lei 8213: “*Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. § 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social. § 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social.*” (NR)
“*Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário maternidade. § 1º O pagamento do benefício de que trata o caput deverá ser requerido até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário. § 2º O benefício de que trata o caput será pago diretamente pela Previdência Social durante o período entre a data do óbito e o último dia do término do salário-maternidade originário e será calculado sobre: I - a remuneração integral, para o empregado e trabalhador avulso; II - o último salário-de-contribuição, para o empregado doméstico; III - 1/12 (um doze avos) da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 (quinze) meses, para o contribuinte individual, facultativo e desempregado;*

O legislador pátrio finalmente reconheceu o caráter familiar das licenças maternidade e paternidade, porém a alteração legislativa restringiu-se aos segurados vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, o que evidencia ainda mais a injustiça quanto aos servidores públicos – subordinados a regime próprio de previdência – quando não é realizada uma interpretação que promova a integridade do ordenamento jurídico e não institua a igualdade entre os trabalhadores dos setores privado e público, a quem se destinam idênticos direitos sociais constitucionalmente previstos.

Necessário explicitar que, mesmo antes da alteração legislativa acima mencionada, já existiam decisões judiciais favoráveis à concessão benefício de salário maternidade para homens, demonstrando que a Constituição não se resume apenas à literalidade dos seus textos, sendo a interpretação o instrumento necessário para promover a coerência e o caráter harmônico do ordenamento jurídico, mediante a aplicação às situações concretas⁴⁰:

RECURSO CÍVEL N° 5002217-94.2011.404.7016/PR⁴¹
RELATOR : GUY VANDERLEY MARCUZZO
RECORRENTE : VALDECIR KESSLER
ADVOGADO : FABIANE ANA STOCKMANN
RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
EMENTA
SALÁRIO-MATERNIDADE. REQUERENTE O PAI VIÚVO. ART.
71 DA LEI 8.213/91.
INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA.
VOTO DIVERGENTE

O autor teve o pedido de salário-maternidade indeferido, ante a impossibilidade jurídica, considerado tratar-se de segurado do sexo masculino. A premissa adotada pelo voto do relator, para manter a sentença de improcedência, quanto correta, não me parece possa ser invocada para essa excepcional situação vivida pelo recorrente. Foi o que me levou a divergir de Sua Excelência, para o que peço licença. A esposa do autor faleceu no sétimo mês de gestação, o que obrigou os médicos a uma cesariana de emergência para antecipar o nascimento do bebê, única de forma de salvar a sua vida, já que a da mãe a esta altura já não poderia ser salva. O autor, então, viu-se, de uma só vez, viúvo e responsável pelos cuidados de uma criança prematura. O INSS lhe negou o salário-maternidade porque a lei só fala em segurada, o que pressupõe requerente mulher. De fato, o art. 71 da Lei 8.213/91 diz que o benefício é devido à segurada. *Isso, todavia, não impede que a lei seja lida à luz de circunstâncias excepcionais.* De ordinário, como presumiu o legislador, a

40 MARQUES, op. cit.

41 RECURSO CÍVEL N° 5002217-94.2011.404.7016/PR. Disponível em: <www.conjur.com.br/dl-relatorio-voto-acordao.pdf> Acesso em: 05 set. 2013.

criança, ao nascer, tem uma mãe que lhe promova os cuidados primeiros. Sendo a mãe segurada, fará jus ao benefício pelo período legalmente estabelecido, como forma de permitir que, na sua vigência, possa a genitora dedicar-se, com a exclusividade que o momento exige, à tarefa de ser mãe. *Situações excepcionais, todavia, exigem interpretação excepcional.* No caso, a criança veio ao mundo órfã de mãe e a única pessoa de que dispunha para exercer o papel da mãe era o pai, por acaso segurado do RGPS. *Penso que seja fundamental à compreensão da controvérsia a fixação de uma premissa, qual seja, a de que o benefício tem como destinatário a própria criança, muito embora deferido à mãe.* Com efeito, é a criança quem precisa dos 120 dias para adequar-se à vida extrauterina e à rotina do novo lar. O salário-maternidade não é um benefício por incapacidade, já que a incapacidade decorrente propriamente do trabalho do parto não dura obviamente o lapso previsto no art. 71 da Lei 8.213/91. O salário-maternidade representa em verdade, para o bebê, a garantia de que terá à sua disposição alguém que lhe seja inteiramente dedicado durante período de tempo mínimo necessário para o seu pleno desenvolvimento nos primeiros meses de vida, sem que essa dedicação signifique qualquer diminuição do rendimento familiar, já por si mesmo abalado pela chegada de mais um membro. No caso dos autos, essa pessoa era o pai, não a mãe. Disso resulta que, ausente a mãe, como destinatária natural do benefício, mas presente o pai, que assumiu, em face da viuvez prematura, os cuidados com a criança, é ele também destinatário, por substituição, do salário-maternidade. *Essa conclusão também pode ser extraída de forma direta da norma do art. 227 da Constituição Federal que, ao partilhar a responsabilidade pela vida dos menores entre pais, sociedade e Estado, permite sem dúvida uma leitura extensiva do texto do art. 71 da Lei 8.213/91, para amoldar o seu texto a situações excepcionais como a espelham os autos.* Além disso, vejo que o autor é segurado do RGPS, de forma que estão presentes todos os requisitos para a concessão do benefício desde a DER. Poderão ser descontados eventuais valores já percebidos pela mãe falecida. Esse o contexto, pedindo redobrada vênia ao relator, dou provimento ao recurso para julgar procedente o pedido. Os valores devidos estarão sujeitos a juros e correção nos termos da Lei 11.960/09. Liquidação a cargo do juízo de origem.

Ante o exposto, voto por DAR PROVIMENTO AO RECURSO. Curitiba, 28 de fevereiro de 2012. *Leonardo Castanho Mendes Relator para Acórdão*

Apesar de favorável à tese que aqui se desenvolve, observa-se da decisão que lhe falta fundamentação, sobretudo quanto a uma melhor explicitação em relação à força dos princípios subjacentes, capazes de garantir a segurança do sistema jurídico, o que também é pressuposto para atender ao princípio da integridade.

A *ratio decidendi* é que justifica a norma criada para o caso concreto e protege o ordenamento de uma inovação que não se coadune com o sistema enquanto conjunto harmonioso.

O acórdão acima citado reformou uma sentença de primeiro grau que negava o direito ao pai de fruir a licença paternidade nos mesmos moldes da licença maternidade. É de se ressaltar que o relator do recurso, GUY VANDERLEY MARCUZZO, era contrário ao seu provimento tendo sido voto vencido no acórdão, merecendo ser transcrita a sua decisão para análise:

VOTO

Por meio da presente demanda, busca o autor, viúvo, de sexo masculino, a concessão do benefício de salário-maternidade em decorrência do nascimento de sua filha Aryani Emilly Nieradka Kessler, ocorrido em 07/11/2010 e, cuja mãe, esposa do autor, faleceu aos 09/11/2010.

Proferida a decisão, foi julgado improcedente o pedido.

Inconformado, o Autor interpôs o presente recurso, a fim de ver reformada a sentença, afirmando que o seu pedido sequer foi aceito administrativamente. Aduz que o benefício de salário-maternidade não foi negado ao recorrente, mas a menor que necessita de proteção nos primeiros meses de vida (no caso de cuidados especiais, pois que nasceu prematuramente e com apenas 1,5 kg). Alega que sendo empregado e segurado da Previdência Social, cumpre a carência exigida para o benefício pleiteado: assumiu o lugar da mãe falecida, tendo necessidade de se afastar do trabalho para cuidar de sua filha, entendendo que estão presentes os requisitos para receber o benefício, como pai e único responsável pela proteção da menor. Socorre-se, para a solução do pleito, da aplicação de analogia, costumes e princípios gerais do Direito.

Com recurso de prazo do réu, vieram-me os autos conclusos.

No intuito de produzir provas materiais apresentou no evento 1: certidão de casamento com anotação de óbito (CERTCAS7), certidão de óbito da esposa Silvana Terezinha Nieradka Kessler (CERTOBT8), certidão de nascimento da filha Aryani Emilly Nieradka Kessler (CERTNASC9), contrato de trabalho, em aberto, com termo inicial em 07/05/2006 para a Sadia S/A (CTPS3), documento médico da esposa Silvana (OUT11) entre outros.

Ocorre que não existe previsão legal de o benefício de auxílio-maternidade para o pai, para o segurado/pessoa do sexo masculino. O salário-maternidade encontra previsão no art. 71 da Lei nº 8.213/91, que dispõe:

‘Art. 71 - O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 dias, com início no período de 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade,

sendo pago diretamente pela Previdência Social'. (sem grifos no original)'

Conforme se depreende do dispositivo citado, há duas exigências previstas para a concessão do benefício de salário-maternidade: a primeira é que a parte autora seja segurada da Previdência Social e a segunda, por óbvio, diz respeito à própria maternidade.

O autor detém, comprovadamente, a qualidade de segurado da Previdência Social, *entretanto, o salário-maternidade é proteção à trabalhadora gestante, evidenciando-se a proteção da mulher gestante, portanto, é o benefício pago à segurada gestante durante o período de afastamento de suas atividades, no prazo de 28 dias antes e 91 dias após o parto.*

Castro, Carlos Alberto Pereira de Manual de Direito Previdenciário/ Carlos Alberto Pereira de Castro; João Batista Lazzari - 10. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

843p, na p. 614-v, citando [...] Ruprecht, mencionando a posição de Chantal Paöli, do Bureau Internacional do Trabalho, sustenta a magnitude da proteção social da mulher gestante: 'Trata-se de preservar sua função fisiológica no processo da criação, facilitar o cuidado dos filhos e a atenção à família, garantindo seus interesses profissionais e sua renda no mercado de trabalho, sem diminuir nem deteriorar sua condição feminina'. [...] (sem grifos no original)

Portanto, não há como acolher as alegações do autor, vez que não detém a qualidade de segurada, por ser trabalhador do sexo masculino e lhe faltar também o segundo requisito da lei que, como dito acima, diz respeito à própria maternidade.

Desta forma, não merece reparos a sentença proferida, a qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos, aos quais acrescento os acima expostos.

Condeno o Autor ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 10% do valor dos atrasados, cuja verba fica suspensa em razão da concessão da justiça gratuita.

Tenho por prequestionados - desde logo e a fim de evitar embargos de declaração protelatórios - todos os dispositivos legais e constitucionais mencionados no recurso, uma vez que a Turma Recursal não fica obrigada a examinar todos os artigos invocados, desde

que decida a matéria questionada sob fundamento suficiente para sustentar a manifestação jurisdicional.

Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Guy Vanderley Marcuzzo

Observa-se do voto vencido que a justificativa para negar o direito do requerente restringiu-se a argumentação de ausência de previsão legislativa expressa, além de tratar a licença maternidade como um instituto de proteção exclusiva da mulher. Com a devida vênia, a decisão demonstra uma insensibilidade simplificadora e que não leva em conta um único princípio dentre aqueles muitos que regem a matéria. O julgador não observou o ordenamento em seu conjunto, restringindo-se a olhar um único texto normativo, completamente dissociado do contexto dos direitos sociais em que se inserem os institutos das licenças maternidade e paternidade, suas finalidades e as previsões constitucionais sobre a família e a criança.

Novamente obsequiando a decisão, o julgador simplesmente desconheceu direitos dos envolvidos e enfocou a questão do ângulo de um único instrumento normativo, conduta incompatível com o atual paradigma do Estado Democrático de Direitos e que terminou por subverter o próprio valor da segurança jurídica que se pretendeu assegurar⁴².

O juiz não pode se descurar de que o discurso judicial de aplicação em muito difere do discurso legislativo de justificação – regido pela exigência de universalização e abstração – vez que essencialmente ligado às exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso.⁴³

Em explication à teoria de Dworkin, Vera Karan Chueiri e Maria Joanna Sampaio ressaltam ser primordial ter em mente que a efetivação da norma não se extingue com a sua elaboração, que se constitui apenas no início desse processo. Por razões de tempo limitado e conhecimento finito, no momento da criação da norma, os participantes não conseguem prever todas as suas possíveis aplicações, por isso é necessário que o Judiciário, por meio de um discurso de aplicação, adeque a norma abstrata à situação em que ela está inserida. O juiz, destarte, faz parte de um processo de criação do Direito, não se constituindo em mero reproduutor do direito criado pelo legislativo. A aplicação de uma norma é, portanto, um trabalho de criação e recriação constante do direito, de modo que o mister jurisdicional de fazer cumprir os direitos dos quais os cidadãos são possuidores são uma continuidade ao trabalho dos poderes Executivo e Legislativo.⁴⁴

Sobretudo nos casos não regidos por um regramento expresso, os membros de uma comunidade tem o direito à interpretação do ordenamento enquanto sistema harmônico, que seja capaz de concretizar princípios em sintonia com as particularidades do caso concreto.

⁴² CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: Ed. UnB. 2º Semestre de 1998.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ CHUEIRI, Vera Karan; SAMPAIO, Maria Joanna de Araújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Disponível em: <<http://mdf.secret.com.br/dmdocuments/vera.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

Conforme ressalta Raphael Marques Peixoto de Paula:

Cabe ressaltar, entretanto, que essa criatividade do Judiciário não é realizada arbitrariamente, não sendo possível aos juízes legislar discricionariamente, possibilidade essa combatida com veemência pela teoria de Dworkin, que se opõe ferrenhamente ao decisionismo criado pelo positivismo jurídico. Para Dworkin, os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política, que requer uma consistência articulada.⁴⁵

Cabe ressaltar, entretanto, que essa criatividade do Judiciário não é realizada arbitrariamente, não sendo possível aos juízes legislar discricionariamente, possibilidade essa combatida com veemência pela teoria de Dworkin, que se opõe ferrenhamente ao decisionismo criado pelo positivismo jurídico. Para Dworkin, os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política, que requer uma consistência articulada⁴⁶.

Desse modo, a decisão judicial precisa ser consistente com o direito vigente e entre uma decisão que protege o ordenamento e outra que não, os envolvidos tem direito à primeira interpretação.⁴⁷ O julgador deve ser capaz de se colocar no lugar de cada um dos envolvidos, de buscar ver a questão de todos os ângulos possíveis e, assim, proceder racionalmente à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta.⁴⁸

Nessas hipóteses de ausência da figura da mãe, sempre que o olhar do julgador se voltar para os princípios, desejando conferir continuidade à integridade do ordenamento o resultado alcançado pela decisão convergirá para a concessão da licença paternidade nos mesmos moldes da licença a maternidade.

Os Tribunais Regionais Federais 3^a e 4^a Regiões, também já enfrentaram a questão e criaram uma regra para o caso concreto mais condizente com a Constituição e seus princípios:

Classe: AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 494078 N° Documento:
1 / 206

Processo: 0036057-75.2012.4.03.0000 UF: SP Doc.: TRF300442496

⁴⁵ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O que uma constituição constitui? Uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. *Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Direito da Universidade Federal da Paraíba*. N.º 1. 2010.

⁴⁶ CHUEIRI, Vera Karan; SAMPAIO, Maria Joanna de Araújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Disponível em: <http://mdf.secret.com.br/dmdocuments/vera.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2013.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB. 2º Semestre de 1998.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA

Data do Julgamento: 21/10/2013

Data da Publicação/Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/10/2013

VOTO

Em que pesem as alegações do agravante, reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da Decisão monocrática alvo do presente Agravo.

Por oportuno, reproduzo parte da explanação contida na Decisão agravada:

[-]

O salário-maternidade, na dicção do artigo 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, é devido às seguradas da Previdência Social durante o período de 120 (cento e vinte) dias, sendo que o início desse benefício deve ocorrer entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

[-]

No caso concreto, deve ser levado em conta o verdadeiro objetivo da licença-maternidade e do salário-maternidade que é a proteção do menor. Nada mais razoável que conceder o benefício previdenciário ao pai viúvo, que se deparou com um filho recém-nascido, alijado da proteção e dos cuidados maternos pelo óbito da mãe, sua companheira, em decorrência de complicações pós-parto.

Obviamente, nesta situação, este pai deverá exercer além de suas funções, também as funções que seriam esperadas de sua esposa, em esforço hercúleo para suprir tal ausência, tanto fisicamente quanto emocionalmente, nos cuidados aos seu filho, que agora depende única e exclusivamente do agravado, em todos os aspectos.

O art. 226 da CF estabelece que a família, base da sociedade, goza da proteção especial do Estado. A proteção à infância faz parte dos Direitos Sociais, expressos no Art. 6º da Carta Magna.

Por fim, temos ainda o art. 227 da CF, que assim preconiza:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma

de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Não se olvide que a licença-paternidade está prevista também na Constituição Federal, no inciso XIX de seu artigo 7º, nos termos fixados em Lei. Já o ADCT estabelece, em seu artigo 10, § 1º:

“§ 1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.”

Tal norma transitória é a utilizada para a concessão da licença-paternidade, tendo em vista não existir, até hoje, a lei regulamentadora.

É importante salientar também, que com a concessão do pedido, não haverá quebra do equilíbrio atuarial da Seguridade Social, pois o genitor da criança tem a qualidade de segurado, inclusive com contribuições regulares aos cofres do INSS.

Trata-se em verdade, de verdadeiro confronto de Princípios Constitucionais, em que deve preponderar o Direito à Vida e à Dignidade da Pessoa Humana, materializados, nesse caso, na vida dessa criança, que necessita dos cuidados paternos por um tempo maior, em virtude de situação tão dolorosa.

Assim já decidiu esta Egrégia Corte, com relação ao salário-maternidade, porém o raciocínio é o mesmo para a licença-maternidade, pois aquele é conseqüência desta:

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. ÓBITO DA GENITORA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO EM NOME DO GENITOR. POSSIBILIDADE. - O salário-maternidade encontra-se disciplinado nos artigos 71 a 73 da Lei nº 8.213/91, consistindo em remuneração devida a qualquer segurada gestante durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste ou, ainda, à mãe adotiva ou guardiã para fins de adoção, durante 120 dias, em se tratando de criança de até 1 ano de idade, 60 dias, se entre 1 e 4 anos e 30 dias, de 4 a 8 anos. - O direito da adotante ao salário-maternidade foi inovação introduzida pela Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002. - Os cuidados com a criança norteiam o sistema previdenciário, no tocante ao referido benefício, tanto é que, nos casos de adoção, se presume a menor necessidade de auxílio quanto maior for a idade do adotado. Não se trata apenas de resguardar a saúde da mãe, interpretação que apenas teria sentido se mantida a proteção à mãe biológica, nos moldes da redação original da Lei nº 8.213/91. Com a extensão do direito à mãe adotiva, resta claro que se deve dar à palavra maternidade conotação mais ampla, dissociando-a

daquela relacionada apenas ao parto e aleitamento, e ressaltando-se o direito da criança à vida, à saúde, à alimentação, garantido pela Constituição, no artigo 227, e instituído como dever da família. - Possibilidade de aplicação dos expedientes previstos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme redação dada pela Lei nº 12.376/2010. - Na hipótese em que a mãe venha a falecer, considerando-se o interesse da criança em ter suas necessidades providas, possível a concessão do benefício, por analogia, ao pai, ora viúvo, concretizando-se a garantia prevista no artigo 227 da Constituição Federal. - O benefício é previsto na legislação previdenciária, por prazo determinado, com sua respectiva fonte de custeio, e foi concedido a segurado (contribuinte) do Regime Geral. - Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AI 00273078420124030000, DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/02/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

A concessão da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, como pleiteada pelo autor é que, nesse caso específico, dá máxima efetividade ao Texto Constitucional.

À vista do referido, é possível concluir, em juízo de cognição sumária, pelo preenchimento dos requisitos exigidos para a implementação, em sede de tutela antecipada, da licença-paternidade, nos moldes da licença-maternidade e também da sua remuneração no período, ou seja, o salário maternidade correspondente à licença, calculado com base no salário-de-contribuição do agravado, por estarem presentes os critérios do artigo 273 do Código de Processo Civil, como acertadamente determinou a r. Decisão agravada (fls. 23/25).

Com tais considerações, NEGO PROVIMENTO ao Agravo. É como voto. (grifei)⁴⁹

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5008880-55.2012.404.7200/SC

RELATOR: FERNANDO QUADROS DA SILVA

APELANTE: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

APELADO: JOAO BATISTA ZATT

ADVOGADO: GREICE MILANESE SÔNEGO OSORIO

MPF: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

⁴⁹ Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 0036057-75.2012.4.03.0000/SP. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=00360577520124030000>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

Tratando-se de mandado de segurança, a remessa oficial é devida quando concedida a ordem, ainda que parcialmente, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009. Assim, no caso em apreço, há fundamento para o recurso de ofício.

No mérito, certo que o Magistrado *a quo* deslindou com precisão a lide, merecendo ser mantida a sentença prolatada por seus próprios fundamentos, *verbis*:

I - Relatório

Trata-se de ação na qual o impetrante pede para que lhe seja assegurado o direito à concessão da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, ou seja, pelo prazo de 180 dias de afastamento remunerado, nos termos do artigo 207 da Lei n.º 8.112/90 c/c art. 2º, § 1º, do Decreto n.º 6.690/08, em virtude do nascimento de sua filha em 19/11/2011 e do falecimento da esposa/mãe da criança em 26/12/2011.

O impetrante alega que:

- é servidor público federal ocupante do cargo de Fiscal Federal Agropecuário;
- sua esposa faleceu após o nascimento de sua segunda filha, em razão de complicações no parto; - com dois filhos menores em idade de quatro anos e de seis meses, respectivamente, pediu licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, em razão do nascimento desta última filha, mas - até o momento - não obteve resposta; e - um benefício concedido à mãe em função de um direito social constitucional não pode sofrer diferenciação no caso de falecimento da mãe e pedido de licença ao pai da criança. Aqui, repita-se, mais importante que a licença à mãe, é a proteção à criança, que em tenra idade necessita de cuidados especiais dos pais.

O impetrante instruiu o processo com procuração, documentos e com o comprovante do recolhimento das custas processuais (evento 1).

Deferi parcialmente a ordem liminar para determinar à autoridade impetrada que assegure ao impetrante o direito de gozo da licença paternidade nos moldes da licença maternidade, ou seja, nos termos do artigo 207 da Lei n.º 8.112/90 c/c art. 2º § 1º, do Decreto n.º 6.690/08 e observados os critérios expostos na fundamentação (evento 2).

[...]

II - Fundamentação

[...]

Tendo em vista a manutenção da decisão liminar deste Juízo, ao menos em sede de cognição sumária do TRF4, bem como a manifestação do MPF corroborando a decisão liminar, não vejo razões para modificá-la, motivo pelo qual a reedito e a utilizo como fundamentos para decidir, conforme segue.

A licença maternidade (inicialmente estabelecida em 120 dias para os trabalhadores em geral vinculados a regime de previdência) de servidora pública civil federal segurada pelo Regime Próprio de Previdência Pública Federal pode chegar aos 180 dias - 207 da Lei n.º 8.112/90 c/c art. 2º, § 1º, do Decreto nº. 6.690/08.

Por sua vez, a licença paternidade era e continua sendo de apenas 5 dias - artigo 10, §1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Os citados benefícios estão inseridos no rol de direitos sociais do trabalhador – artigo 7º, incisos XVIII e XIX, respectivamente, da CF/88. E, muito embora a licença maternidade se refira às trabalhadoras mulheres, na realidade suas disposições associadas à outras, notadamente, os artigos 5º, caput, e 226 e 227 da mesma constituição, levam a concluir que seria discriminatório não dar o mesmo tratamento ao pai-viúvo, quando se tem que: a família é a base da sociedade; que goza de especial proteção do Estado; e que a responsabilidade pela integral proteção da criança lhe incumbe precípuamente, assim como à sociedade e ao Estado.

Pelo visto, a proteção à infância esta constitucionalmente inserida como direito social fundamental, assegurada mediante a convivência da criança no meio familiar, onde terá, notadamente, no princípio da vida, as melhores condições de proteção.

O sustento, a guarda e a educação dos filhos são deveres de ambos os cônjuges (art. 1.566, CC) e o artigo 5º, I, da Constituição Federal estabelece, genericamente, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações e, especificamente, determina no artigo 226, § 5º, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A igualdade referida naturalmente é a de cunho material e não formal e pressupõe tratar igualmente os iguais e os desiguais na medida de suas desigualdades.

No caso, a interpretação constitucional (seja da citada disposição que prevê a licença maternidade, seja da que prevê a licença paternidade de apenas 5 dias) e legal não pode ser literal, mas sistêmica, com vistas a garantir a eficácia aos direitos fundamentais por meio da ponderação dos interesses envolvidos.

Assim – em que pese a omissão normativa específica e expressa para a concessão de licença paternidade, nos moldes da licença maternidade, quando da perda da mãe, ou seja, ao pai-viúvo –, a interpretação sistêmica, e também lógica e extensiva que se impõe é de que o direito está assegurado.

Afinal, se já é difícil e plenamente justificável a necessidade de concessão de licença para a mãe (que ainda podendo contar com o apoio do pai e possuindo insubstituíveis atributos, v.g, os relacionados à maior capacidade intuitiva para se comunicar e à capacidade de amamentação, a mesma necessidade de

licença mostra-se exponencialmente maior para os indispensáveis cuidados do filho quando o pai-viúvo tenha que se assumir sozinho o encargo de dar integral proteção ao infante.

Destarte, os princípios da proteção à infância e da igualdade permitem suplantar a ingênuas e simplórias interpretação centrada na literalidade do dispositivo legal que prevê a mesma licença paternidade de apenas 5 dias, quando o pai terá que assumir também as vezes da mãe que veio a óbito nesse período inicial de vida da criança.

Em suma, no caso de morte da mãe, soa plausível, ao menos nesse juízo precário que faço do pedido de medida liminar, estender o benefício ao pai-viúvo pelo tempo de licença maternidade restante, deduzido/ compensado o período já gozado da licença maternidade (pela própria mãe, no RGPS ou em qualquer regime próprio de previdência), bem como a licença paternidade, se não foi concomitante com aquela, e, ainda, de qualquer outra licença com remuneração que tenha obtido para o período posterior ao nascimento da filha; enfim, obedecidas as mesmas regras aplicáveis à concessão da licença maternidade.

Anoto, por fim, que tendo a filha do impetrante nascido em 19/11/2011 e o falecimento da esposa do impetrante, mãe da criança, ocorrido em 26/12/2011, já fluui - em tese o prazo legal previsto para gozo do benefício. Mas, como ainda não foi sequer analisado/decidido pela Administração Pública o requerimento do servidor-pai não pode ser prejudicado no direito que possui de ser licenciado do trabalho ainda nessa fase mais tenra e delicada da idade da filha que tem o dever de proteger. Por isso, a licença deverá ser concedida com a maior brevidade possível (dentro de no máximo 5 dias, contados da intimação desta decisão).

Em conclusão, resta deferida a licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, descontados os dias referentes àquela.

[...]

III - Dispositivo

Ante o exposto, confirmo a decisão liminar, CONCEDO PARCIALMENTE a segurança e julgo o processo com resolução do mérito - art. 269, I, CPC. Por conseguinte, DETERMINO à autoridade impetrada que assegure ao impetrante o direito de gozo da licença paternidade nos moldes da licença maternidade, ou seja, nos termos do artigo 207 da Lei n.º 8.112/90 c/c art. 2º § 1º, do Decreto n.º 6.690/08 e observados os critérios expostos na fundamentação.

[...] Quando da análise do agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que deferiu parcialmente a liminar requerida, já manifestei entendimento sobre o assunto. Mesmo proferido em sede de cognição

sumária, tenho que o mesmo deva ser mantido após aprofundamento da questão, motivo pelo qual o transcrevo a seguir:

‘[...]’

Não se desconhece que a Administração Pública, no Estado Democrático de Direito, sujeita-se de modo especial ao princípio da legalidade, não podendo fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão nas hipóteses expressamente previstas em lei (artigo 37, caput, Constituição Federal).

Ocorre que o conceito de legalidade, modernamente, deve ser interpretado de forma condizente com os ditames do neoconstitucionalismo - modelo valorativo segundo o qual não basta a previsão normativa de direitos fundamentais, mas se mostra necessária (e imprescindível) a efetiva promoção dos direitos mínimos à existência digna. Trata-se do *conceito de juridicidade, que congrega os axiomas da legalidade com os preceitos da razoabilidade*.

José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 36) explica que ‘razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma pouco diversa.’

Segue o doutrinador (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 37):

‘Assim, na esteira da doutrina mais autorizada e rechaçando algumas interpretações evidentemente radicais, exacerbadas e dissonantes do sistema constitucional vigente, é preciso lembrar que, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal.

Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio: ou a ação vulnera o princípio e é ilegal, ou, se não o ofende, há de ser qualificada como legal e inserida dentro das funções normais cometidas ao administrador público.’

No caso dos autos, embora desapegando-se da legalidade estrita, o magistrado a quo interpretou de forma ampliativa um direito fundamental (licença-paternidade - artigo 7º, XIX, Constituição Federal), privilegiando a máxima proteção da Família (artigo 226 da Constituição Federal) e da Criança (artigo 227 da Constituição Federal), permitindo a servidor público o gozo de licença-paternidade, nos moldes da licença-maternidade, por conta de infortúnio de grande pesar: a perda da esposa, logo após o parto da segunda filha do casal.

Ou seja, na hipótese, está-se diante de um típico exemplo de aplicação direta da máxima da dignidade humana (artigo 1º, III, Constituição Federal), enquanto fundamento da República Federativa do Brasil. Registre-se, em acréscimo,

que o juízo a quo afastou qualquer forma de abuso de direito por parte do beneficiário/impetrante, determinando expressamente a dedução (do prazo da licença deferida) de qualquer outra licença remunerada eventualmente gozada no período - decisão por mim mantida, no ponto, ainda que em caráter precário, nos autos do agravo de instrumento n.º 5009432-86.2012.404.0000, em decisão assim fundamentada:

'Na questão de fundo, porém, tenho que deva ser indeferido o pedido de agregação de efeito suspensivo ao agravo.

Isso porque o magistrado singular bem ponderou os direitos fundamentais em jogo na demanda constitucional, concedendo ao beneficiário o gozo de licença paternidade nos moldes da licença-maternidade, ou seja: à revelia de disposição legal expressa, mas com amparo em preceitos constitucionais de relevo, o juízo recorrido deferiu ao impetrante o gozo de licença remunerada por 180 (cento e oitenta) dias, tendo em vista o drama pessoal/familiar vivido (falecimento da esposa após o parto da segunda filha do casal).

Em casos tais, não se apresenta abusiva a determinação de dedução, do benefício, do prazo já gozado (e remunerado) da licença-paternidade propriamente dita (artigo 10, §1º, ADCT, Constituição Federal), razão pela qual é de ser indeferido o pedido de agregação de efeito suspensivo ao recurso (pleito de suspensão da determinação de dedução).⁵⁰ Ante o exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

[...].

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação e à remessa oficial. Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA Relator⁵¹

É de se registrar, todavia - em que pese o brilhantismo dos julgadores e mesmo o esforço de levar os princípios mais importantes em consideração - que, em ambas, depara-se com a equivocada utilização da “ponderação de interesses” como critério de julgamento, como se pudesse haver um sacrifício dos direitos fundamentais em prol do valor ou interesse que o juiz considera melhor para todos, por intermédio de um método de balanceamento de “bens jurídicos”^{51,52}. Para Dworkin

⁵⁰ Acórdão proferido na Apelação/Reexame Necessário n.º 5008880-55.2012.404.7200/SC. Extraída de: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5661378>. Acesso em 01/02/2014.

⁵¹ BENVINDO, Juliano Zaiden. *Julgarpor Princípios: uma Crítica ao Julgamento Político e Econômico*. Disponível em: de <http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Professores/Juliano_Zaiden_Benvindo/Artigos/Julgarpor_Princ%C3%ADpios_-_Uma_Cr%C3%ADtica_ao_Julgamento_Pol%C3%ADtico_e_Econ%C3%BCmico.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

⁵² Conforme explica Juliano Zaiden (idem): “A perspectiva de balanceamento de “bens jurídicos” é desenvolvida, especialmente, por Robert Alexy, por intermédio de seu metaprincípio da proporcionalidade. Os perigos da adoção desmesurada dessa teoria jurídica – que pretende ser um método racional, mas que se mostra apto a práticas das mais evidentes irracionais – ganha espaço acentuado no pensamento

não existe um verdadeiro conflito entre os princípios, nem mesmo entre a dignidade da pessoa humana, igualdade e proteção à família com o princípio da legalidade estrita como as decisões em comento fazem parecer. Os princípios podem ser contraditórios sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é que nortearão a produção da norma adequada para uma dada situação sob enfoque.⁵³

É preciso observar que apesar de os princípios não *ditarem* resultados, ao contrário do que ocorre com as regras – que, segundo Dworkin, são aplicáveis à maneira do tudo ou nada –, um conjunto de princípios, como os que foram usados, podem sim ditar um resultado.⁵⁴

Assim, as condições do caso concreto e a história institucional é que levam a decisão para um ou outro sentido.⁵⁵ Mesmo porque o princípio da legalidade estrita é incapaz de responder ao caso que se apresenta para decisão, pois, como visto, conceder 05 (cinco) dias de licença ao pai, conforme está escrito na lei, implicaria necessariamente em conceder 180 (cento e oitenta) dias à mãe, que no caso faleceu no parto. Não está sendo afastado o princípio da legalidade estrita para ceder lugar a aplicação de outros princípios, mas se está observando o ordenamento enquanto conjunto, buscando nos princípios que verdadeiramente importam para solução da controvérsia uma resposta que promova a justiça e a equidade.

Cabe ressaltar que na segunda decisão, proferida pelo TRF 4^a Região, a utilização do critério de ponderação não fez a decisão perder o seu brilho, mormente diante da complementação elaborada pelo julgador de 2º grau, que justificou a equiparação das licenças mediante a imprescindível necessidade de “*promoção dos direitos à existência digna*” e a menção ao “*conceito de juridicidade, que congrega os axiomas da legalidade com os preceitos da razoabilidade*”, o que informa a perfeita convivência do princípio da legalidade com todos os demais utilizados para a concessão da segurança.

O Tribunal Regional Federal da 2^a Região igualmente se deparou com o tema sem incorrer, entretanto, na tentação de invocar a técnica da

jurídico nacional. Carregado de expressões conceituais e de uma pretensão metodológica-racional, infelizmente, o pensamento de Alexy tem sido aplicado sem a devida compreensão da democracia e da deontologia dos direitos. Aliás, o caso inicialmente apresentado – o “apagão” – retrata a aplicação desse princípio, que pode se direcionar, facilmente, para fins políticos, esquecendo-se da integridade do direito.”

⁵³ CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: Ed. UnB. 2º Semestre de 1998.

⁵⁴ DWORKIN, Ronaldo. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo. Martins Fontes, 2002.

⁵⁵ SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://moodle.ceed.umb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

ponderação, fundamentando a equiparação dos benefícios nos princípios mais importantes para a solução da controvérsia, inclusive em decisões proferidas pelo Pretório Excelso, dando continuidade à construção harmônica do sistema normativo. Aqui será citada apenas a Ementa porque muito bem resume o voto sem deixar de mencionar diretamente todas as informações relevantes para o estudo.

Nº CNJ: 0009306-04.2012.4.02.5101

RELATOR: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA LÚCIA LIMA

APELANTE: FUNDACAO OSWALDO CRUZ - FIOCRUZ

APELADO: MARCELO GUIMARAES BARBOSA

REMETENTE: JUIZO FEDERAL DA 3A VARA-RJ

ORIGEM: TERCEIRA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (201251010093060)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. LICENÇA AO ADOTANTE. CARÁTER DISCRIMINATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO RECONHECIDO.

-Cinge-se a controvérsia ao reconhecimento do direito ao impetrante, servidor público federal, ao gozo do benefício licença adoção, previsto no artigo 210 da Lei 8.112/90, observada a prorrogação estabelecida no artigo 2º, § 3º, II, do Decreto 6.690/2008, uma vez que, comprovadamente, vive em união estável homoafetiva e obteve, junto com o companheiro, guarda de menor em caráter provisório.

-O Pretório Excelso, ao proceder à análise do artigo 1723 do Código Civil (*Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*), nos autos da ADI 4277/DF, DJe 198 - DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011, deixou assentado que *“ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do artigo 1723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causal qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”*.

-Assim, diante da ausência de previsão legal de licença ao adotante do sexo masculino nos moldes da licença à adotante (mulher), a sua negativa implicaria em tratamento discriminatório, que deve ser evitado,

possibilitando, ainda, às crianças os mesmos cuidados dispensados por casais heterossexuais.

-A propósito, leia-se o artigo 210 da Lei 8.112/90, que só prevê o benefício “à servidora”: *“Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. (Vide Decreto nº 6.691, de 2008) Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias”*.

-Ademais, diante do contexto probatório, notadamente a Escritura Declaratória de Sociedade Convencional, Declaração do companheiro e adotante de que não pleitearia gozo de licença junto ao órgão em que trabalha, Termo de guarda provisória da menor, nascida em 02/08/2011, Declaração de que o impetrante é servidor da Fundação Oswaldo Cruz, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, tendo sido concedida licença paternidade de 5 dias consecutivos, conforme o artigo 208 da Lei 8.112/90, no sentido de que não seria possível atender a equiparação de dias concedidos a servidora adotante por não haver orientação legal, vê-se que os elementos coligidos se mostram suficientes para manter a concessão parcial da ordem.

- Verifica-se, portanto, que faz jus o impetrante à concessão da licença ao adotante, da mesma forma que prevista a licença à adotante (do sexo feminino).

- Como, na espécie, a menor já teria completado um ano de idade quando do decurso do prazo de 90 dias da licença ao adotante, a prorrogação da licença deve observar, conforme decidiu o Magistrado *a quo*, o disposto no artigo 2º, § 3º, II, “b”, do Decreto 6.690/2008, que, ao instituir o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabeleceu os critérios de adesão ao Programa e preceituou para as servidoras públicas, em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei 8.112, de 1990.

- Desta forma, mantém-se inalterada a sentença que concedeu parcialmente a segurança, consolidando a liminar deferida anteriormente, para determinar a concessão da licença ao adotante, em razão da guarda judicial obtida, por 90 (noventa) dias, nos termos do artigo 210 da Lei 8.112/90, prorrogável por 15 (quinze) dias, nos termos do artigo 2º, § 3º, II, “b”, do Decreto 6.690/2008.

-Adoção, ainda, do parecer ministerial como razões de decidir.

-Recurso e remessa desprovidos.

A C Ó R D Ã O Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: Decide a Oitava Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso

e à remessa, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Rio de Janeiro, de de 2013 (data do julgamento). Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA. Relatora⁵⁶

Chama-se também a atenção para os precedentes administrativos que, infelizmente, apenas de forma excepcional se inclinam para uma solução positiva, no sentido de equiparação da licença paternidade à licença maternidade. Nessa esteira, o TST, no exercício de sua função administrativa, decidiu no Processo Administrativo n.º CSJT-150/2008-895-15-00-0 - que teve como relator o Ministro Carlos Alberto Reis de Paula - concedendo licença à adotante a servidor do sexo masculino pelo período de 90 (noventa) dias⁵⁷:

1 - CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. LICENÇA-ADOTANTE A SERVIDOR NA CONDIÇÃO DE PAI SOLTEIRO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 210 DA LEI N° 8.112/1990.

VOTO

[...]

2 - MÉRITO

Conforme consignado no relatório, discute-se nestes autos se o servidor público, solteiro, na condição de adotante de uma criança com menos de um ano de idade, possui direito à licença de 90 dias, tal qual assegurado expressamente “à servidora” no artigo 210 da Lei n.º 8.112/90, que assim dispõe, verbis:

“Artigo 210 – À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.”

É importante consignar que o artigo 208 também da Lei n.º 8.112/90 prevê direito à licença paternidade, de 5 (cinco) dias, ao servidor, por ocasião do nascimento ou adoção de criança. Assim, é necessário que se proceda a uma exegese razoável dos dispositivos legais, de modo que não se conceba a fruição de períodos de licenças acrescidos, pois, sem dúvida, esse não é o escopo da norma jurídica. Ultrapassado isso, tem-se como essencial uma interpretação

⁵⁶ Acórdão proferido na Apelação/Reexame Necessário n.º 0009306-04.2012.4.02.5101/RJ. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pdbi?PRO=201251010093060&TOPERA=1>>. Acesso em 01/02/2014.

⁵⁷ Decisão proferida no Processo Administrativo n.º CSJT-150/2008-895-15-00-0. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e938572d-7979-4f8a-a9e9-415116ac0979&groupId=955023> Acesso em: 05/09/2013

sistemática do artigo 210 da Lei n.º 8.112/90 com o artigo 5º, caput, da Constituição da República, que consagra o princípio da isonomia. Com efeito, se o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 42 da Lei n.º 8.069/90) confere a qualquer pessoa com idade superior a 21 (vinte e um) anos, independente do sexo, o direito à adoção, afigura-se-me normal que um servidor, ainda que não casado, opte por adotar ou obter a guarda judicial de uma criança. Aliás, conduta desta natureza, além de se encontrar em perfeita harmonia com o artigo 227 da Constituição da República, que prevê ser dever do Estado, da família e da sociedade assegurar, com absoluta prioridade, proteção à criança e ao adolescente, é digna de louvor, principalmente se levarmos em consideração que vivemos num país que, embora em desenvolvimento, convive ainda com elevado número de crianças em total abandono e às margens da criminalidade. Não é menos verdade que o lapso temporal de 90 dias previsto no artigo 210 da Lei n.º 8.112/90, para gozo de licença da servidora, deve-se ao fato de, em se tratando de criança com idade inferior a 1 (um) ano, serem imprescindíveis, tanto cuidados especiais e essenciais à adaptação ao novo ambiente familiar, como a aquisição de materiais a serem utilizados pela criança e, quiçá, a contratação de uma babá de confiança para zelar pelo menor. Esses cuidados, como se sabe, não deixam de ser primordiais à boa adaptação da criança, apenas por ser o adotante um servidor do sexo masculino que não tenha firmado sociedade conjugal. Aliás, eventual conclusão no sentido de se obstaculizar o direito do servidor implicaria, a meu ver, manifesta ofensa ao princípio constitucional da isonomia, além da consagração de tese que, certamente, não conseguiu acompanhar a evolução da nossa sociedade. [...] **ISTO POSTO ACORDAM** os Membros do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, I - por unanimidade: a) conhecer de ofício da matéria; b) no mérito, declarar a legalidade da decisão que reconheceu o direito à licença de 90 (noventa) dias ao servidor solteiro, em razão da obtenção da guarda, para fins de adoção, de criança com idade inferior a um ano; II - por maioria, vencidos os Exmos. Conselheiros Vantuil Abdala e Milton de Moura França, conferir efeito normativo ao presente acórdão, a fim de que seja editada Resolução por este Conselho Superior. Declarou-se impedido o Exmo. Conselheiro Luis Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. Brasília, 27 de março de 2009. MINISTRO CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA

Conselheiro-relator

A decisão acima merece aplausos, porquanto contextualiza a licença no ordenamento jurídico e na nova realidade social que se apresenta, interpretando a ausência de norma como aparente e buscando no ordenamento fundamentos coerentes através da utilização dos princípios que regem a matéria, bem como os elementos do caso concreto importantes para dirimir a controvérsia.

Da mesma forma já decidiu a instância recursal no âmbito da Previdência Social em caso de benefício de salário maternidade indeferido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. A decisão de primeira instância foi revertida pela Junta de Recursos que deu provimento ao inconformismo do interessado concedendo-lhe o benefício em igualdade de condições com a mulher. Insatisfeita, recorreu o Instituto Nacional do Seguro Social, tendo assim se manifestado o Conselho de Recursos da Previdência Social⁵⁸:

Número do Processo: 36474.001600/2011-27

Unidade de Origem: AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL PORTO ALEGRE-CENTRO

Benefício: 80/153.957.491-9

Espécie: SALÁRIO-MATERNIDADE

Recorrente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Recorrido: LUCIMAR QUADROS DA SILVA

Assunto: INDEFERIMENTO

Relator: NADIA CRISTINA PAULO DOS SANTOS

No caso em questão, *quem está pedindo o benefício de Salário maternidade é o Senhor Lucimar, que de acordo com a sua identidade é do sexo masculino*, e o INSS alega em seu indeferimento que não há previsão legal para concessão do benefício para pessoa do sexo masculino.

...

O ambiente familiar é um local onde deve existir harmonia, afetos, proteção e todo o tipo de apoio necessário na resolução de conflitos ou problemas de algum dos membros. As relações de confiança, segurança, conforto e bem-estar proporcionam a unidade familiar.

A família atual não é somente composta pelo tradicional pai, mãe e filho (s). Hoje temos as famílias compostas somente por mães solteiras e filho (s), pai solteiros e filho (s) e também por duas pessoas do mesmo sexo e filho (s), as chamadas relação homoafetiva.

Em 2011 o Supremo Tribunal Federal reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar, com decisão proferida em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade, e ninguém pode negar que estas uniões são uma entidade familiar, sinônimo perfeito de família e que devem ter os mesmos direitos e deveres da união estável. Através desta decisão os homossexuais passaram a ter acesso à herança de seu companheiro em caso de morte, podem ser incluídos como dependentes nos planos de

⁵⁸ Decisão proferida no processo administrativo n.º 36474.001600/2011-27. Disponível em: <http://erecursos.previdencia.gov.br/search.php?num_processo=36474001600201127>. Acesso em: 05 set. 2013.

saúde, receber pensão alimentícia e adotar filhos e registrá-los em seus nomes, dentre outros direitos.

[...]

Assim, temos que tanto a família dita como tradicional, ou heterossexual, quanto a família homoafetiva tem as mesmas obrigações em relação ao cuidado e manutenção de seus filhos e merecem a mesma proteção do Estado.

O objetivo da criação da licença maternidade, é o amparo inicial da criança que está chegando ao núcleo familiar. Estes primeiros momentos de adaptação não ocorre somente entre mãe e filho, mas com todas as pessoas que pertencem a família. Todos os familiares participam deste período criando um vínculo afetivo com a criança. Assim, deve-se entender que a licença maternidade não é visando o bem dos pais, mas sim, visando o bem da criança.

[...]

Nota-se que o interessado e seu companheiro já procederam com todos os trâmites legais para adoção do menor, tendo inclusive certidão de nascimento do menor no qual constam os dois como pais, conforme se verifica no processo de adoção constante nos autos, seguindo o que determina o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 47.

[...]

Assim, após explanação acima, entendo que o salário maternidade deve ser visto como um bem favorável para a criança, para seu desenvolvimento dentro do grupo familiar.

O entendimento no Brasil já está sendo alterado e não se justifica negar um benefício, que irá beneficiar a criança, com base somente na letra fria da Legislação Previdenciária isoladamente, que especifica que salário maternidade é concedido a segurada.

Desta forma, o benefício deve ser concedido levando-se em conta o que determina o art. 227 da Constituição Federal de 1988 combinado com o Estatuto da Criança e Adolescente citados acima e por analogia, nas mesmas condição de uma família homoafetiva formado por duas mulheres, no prazo de 120 dias conforme determinado no ACP nº 5019632-23.2011.404.7200.

Conclusão: Pelo exposto voto no sentido de CONHECER DO RECURSO DO INSS para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

A jurisprudência, em sua maioria - apesar de alguns equívocos de fundamentação, posto que não raro se esmera em superadas técnicas de interpretação insculpidas pela Lei de Introdução ao Direito Brasileiro -, reconhece a premente necessidade de equiparação entre licenças paternidade e maternidade nas hipóteses de ausência da mãe, cuja omissão pelo legislador positivo tem provocado enormes injustiças.

Resta claro que, para o alcance da igualdade efetiva entre homens e mulheres, é necessário que as obrigações familiares sejam compartilhadas e que se lute contra a ideia de que a mulher é a principal ou, na maioria das vezes, a única responsável pelas tarefas domésticas, bem como com o cuidado dos filhos e familiares dependentes.

As decisões que negam o direito à família incorrem em erro grotesco, pois visivelmente não concretizam direitos e garantias fundamentais, negando a própria concepção do Estado Democrático de Direitos, mediante uma visão que não privilegia mínimos preceitos de justiça e equidade.

Essa visão ultrapassada tem sido a regra nas decisões da Administração Pública Federal consoante se observa da decisão administrativa proferida no processo n.º 08064.000791/2012-87, por meio do Parecer 71/2012 –DELP/CRH/DGP/DPF:

PARECER N° 71/2012-DELP/CRH/DGP/DPF

REFERÊNCIA: PROTOCOLO N° 08064.000791 /2012-87

INTERESSADO: JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS

ASSUNTO: LICENÇA-ADOTANTE

Trata-se de requerimento do servidor José Joaquim dos Santos, matrícula n° 4.322, Datilógrafo, lotado e em exercido no Museu Criminal da Academia Nacional de Polícia, no sentido de que lhe seja concedido Licença- Adotante.

No pedido existe a justificativa que a esposa do requerente faleceu em decorrência de complicações pós-parto e deixou um recém-nascido e uma menor de 10 de idade sobre a responsabilidade do servidor. Esse requerimento está fundamentado na Lei n° 8.112/1990 e em decisão proferida nos autos do processo n° CSJT 150/2008-89S-15-00-O, vislumbrando no caso analisado similaridade com a situação em que atravessa.

Preliminarmente, cabe ressaltar que o caso em apreço não se amolda ao texto legal nem ao teor do acórdão trazido aos autos, pois, a decisão judicial diz respeito a aplicação do art. 210 da Lei n° 8.112/1990, estendendo o direito à licença à adotante ao servidor homem, uma vez que a literalidade da norma não o contempla, vejamos:

‘Art. 210. A servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada (Grifamos).

Observa-se no presente caso, que diferentemente, daquele analisado pela justiça, o servidor é o pai das crianças, ou seja, não se pode aplicar para o presente caso o instituto da adoção por analogia.

Da mesma forma, não poderia o administrador, estender os efeitos de licença-maternidade ao pai, por falta de previsão legal.

Por certo que a licença maternidade é direito exclusivo concedido às mulheres, mas independentemente das diversas condições que a gestante venha enfrentar pré ou pós-parto, a legislação brasileira já evoluiu e dotou de direitos similares à servidora adotante.

E, é com fundamento nesse entendimento que o tribunal, aplicou ao servidor o mesmo direito à servidora em caso de adoção, não fazendo distinção de gênero.

Esse raciocínio trazido aos autos pelo servidor tem muito espaço a prosperar no campo judicial, pois, se para a adoção, ato nobre, e como regra planejada cabe a licença adotante ao homem (decisão judicial), quiçá para a dura missão de assumir abruptamente as funções de pai e mãe em decorrência da morte prematura da companheira. Aqui deve-se aplicar a mesma razão jurídica ao mesmo direito.

No entanto, ante a falta de previsão legal, não pode a administração atuar, concedendo eventual auxílio-adotante ao requerente, conforme se depreende do princípio da estrita legalidade, entendimento pacífico na doutrina pátria.

Pois, o tradicional princípio da legalidade insculpido no art.5º, II da Constituição Federal, aplica-se à Administração Pública, de forma rigorosa, pois àquela somente é conferida atuar na medida expressamente disposta em lei e nas demais espécies normativas.

Corroborando esse entendimento, discorre Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro — 24ª Edição), onde elucida que:

O princípio da legalidade impõe que o agente público observe fielmente todos os requisitos expressos na lei como da essência do ato vinculado. O seu poder administrativo restringe-se, em tais casos, ao de praticar o ato, mas de o praticar em todas as suas minúcias, especificadas na lei. Omitindo-a, ou diversificando-a na sua substância, nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicados, o ato é inválido [...].

Por todo o exposto, sugiro que seja indeferido o pedido de concessão de Licença-Adotante ao servidor, tendo em vista a falta de previsão legal.

E o parecer. *Sub censura*. A consideração superior.

Brasília, 18 de janeiro de 2012. EDUARDO PRIMO DA SILVA
Delegado de Polícia Federal Matrícula 7.231.

Como é possível observar, a Administração Pública se escudou no princípio da legalidade estrita para indeferir o pleito do servidor, mesmo reconhecendo o campo fértil para que a matéria prospere na via judicial. Tal conduta é bastante reprovável, uma vez que sequer o próprio do

princípio da legalidade foi corretamente desenvolvido na decisão acima. Se o tivesse sido a conclusão seria outra, seja porque sua finalidade *última é a preservação* da ordem jurídica, impedindo que a Administração se desvie das determinações do ordenamento – nele incluídos a proteção à dignidade da pessoa humana, à família, à criança e à isonomia –, seja porque precisa ser lido em conjunto com os demais princípios que regem os atos da Administração Pública, tais como a moralidade, a eficiência, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Os princípios da moralidade e da eficiência determinam que o administrador, em toda a sua atividade funcional, está sujeito aos mandamentos da lei, mas também às exigências do bem comum, atuando com vistas a obter o melhor resultado mediante o uso racional dos meios disponíveis. A moral e a eficiência administrativas impõem à Administração não apenas cumprir a lei formalmente, mas cumpri-la substancialmente, procurando sempre o melhor resultado para a administração e para os administrados, através do cumprimento de princípios éticos de razoabilidade e justiça.

Tomar uma decisão contrária aos servidores com argumentos tão ricos e ocasionando visível violação de direitos e garantias constitucionais, remetendo a controvérsia para a judicialização é no mínimo uma conduta negligente que fere frontalmente os princípios da moralidade, da eficiência e da razoabilidade. Essa postura omissa, para dizer o menos, torna a decisão administrativa bastante reprovável, pois um indeferimento tão desprovido de fundamentos pode redundar até mesmo em uma futura responsabilização civil do Estado, em decorrência dos prejuízos suportados pelo servidor e seu filho.

Exemplos de atuações administrativas muito melhores foram as decisões, já citadas, proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, atuando em função administrativa – e não jurisdicional, frise-se –, bem como as decisões proferidas pela Junta de Recursos da Previdência Social e pelo Conselho de Recursos da Previdência Social. Tais precedentes, emanados de órgãos colegiados, o que implica numa discussão, ao menos em tese, mais aprofundada sobre o tema, denotam muito mais coerência e comprometimento por parte da Administração, demonstrando a perfeita possibilidade de se adotar, mesmo administrativamente, uma interpretação que leva em consideração não apenas as regras, mas também os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, considerando-o como um todo coerente.

3.2 A necessária releitura principiológica da licença paternidade: O contributo de Ronald Dworkin

A ausência de pronta resposta pelo ordenamento para o caso ora sob análise, em que se verifica uma colisão de princípios válidos e para

o qual não existe uma resposta baseada na simples subsunção do fato a uma norma geral e abstrata o insere na definição de *hard case*, consoante estabelece a teoria de Ronald Dworkin.⁵⁹ E para essas situações há uma única resposta correta e não apenas respostas diferentes.⁶⁰

Ronald Dworkin foi um dos principais jusfilósofos da atualidade, sendo que sua teoria do *direito como integridade* é uma das principais visões contemporâneas sobre a natureza do direito.

Dworkin considera inadequada a resposta que o positivismo jurídico fornece para os casos difíceis, segundo o qual o juiz teria uma discricionariedade para decidir um caso desse tipo, a quem seria possível legislar novos direitos jurídicos e aplicá-los retroativamente como se fossem delegados do poder legislativo. Para o positivismo, os juízes atuariam como um segundo poder legislativo.

Para o filósofo americano, muito ao contrário, o juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, mesmo nos casos difíceis, elaborando uma distinção entre regras e princípios, agregando ainda a figura das *policies*.

Nas palavras de Chueiri e Sampaio:⁶¹

Os princípios são normas cuja observação é uma exigência de justiça ou alguma outra dimensão da moral e tem uma dimensão de peso ou importância que as regras não tem, na medida em que se aplicam ou não se aplicam. As *policies* são um tipo de norma que estabelece algum fim ou objetivo a ser alcançado, normalmente econômico, político ou social. Segundo Dworkin, essa distinção entre princípios, *policies* e regras é lógica e fundamental na construção dos argumentos da decisão. Neste sentido, os argumentos de política justificam uma decisão ao mostrar que esta protege algum objetivo coletivo da comunidade. Já os argumentos de princípio justificam uma decisão política ao mostrar que ela respeita e garante um direito fundamental, seja de um indivíduo ou de um grupo.

Assim, para Dworkin, os princípios correspondem a tipos particulares de padrões e se diferenciam das regras, que enunciam um tudo ou nada. Segundo o autor, os princípios atuam de forma mais vigorosa nos casos difíceis, quando desempenham um papel fundamental

⁵⁹ CHUEIRI, Vera Karan; SAMPAIO, Maria Joanna de Araújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Disponível em: <http://mdf.secret.com.br/dmdocuments/vera.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2013.

⁶⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Dworkin: *De que maneira o direito se assemelha à literatura*. Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/assignment/view.php?id=557>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

⁶¹ CHUEIRI; SAMPAIO, ibid.

nos argumentos que sustentam as decisões a respeito dos direitos e obrigações particulares.⁶²

Em geral, Dworkin utiliza o termo princípio para “indicar todo o conjunto de padrões que não são regras”, e, por vezes, como ressaltado acima, faz uma distinção entre princípios e políticas. Assenta:

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou eqüidade ou alguma outra dimensão da moralidade⁶³.

O julgador precisa aprofundar sua interpretação, buscando todo o arcabouço principiológico que envolve a matéria sob seu crivo e desenvolver uma resposta que evidencie o maior número desses princípios, pois parte da ideia central de que as normas precisam ser contextualizadas e necessitam promover a Justiça e a equidade. Assim, apenas uma única resposta interpretativa será capaz de alcançar esse desiderato.

A estrutura do modelo interpretativo comprehende a integração do ordenamento jurídico através dos elementos contidos nele próprio, devendo ser observado quanto integridade, composto por regras e princípios. Essa visão do ordenamento instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.⁶⁴

Para apresentar a tese da única resposta correta, Dworkin cria inicialmente um juiz imaginário, o juiz Hércules, dotado de capacidade e sensibilidade sobre-humanas capaz de resgatar principiológicamente toda a história institucional do Direito, de modo a considerar adequadamente as pretensões jurídicas levantadas nos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação.⁶⁵

Alguns anos depois, já na década de 1980, Dworkin irá sofisticar a perspectiva de exposição da tese da única resposta correta. E, para isso, irá lançar mão, não apenas da figura do juiz Hércules, mas agora da chamada metáfora do romance em cadeia (*chain novel*). A metáfora do romance em cadeia ilustra exatamente todo um processo de aprendizado social

⁶² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ OLIVEIRA, op. cit. Acesso em: 17 nov. 2013.

subjacente ao direito compreendido como prática social interpretativa e argumentativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos de moralidade política, que dão sentido a essa história.⁶⁶

Eis a explicação da tese do romance em cadeia⁶⁷:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.

[...]

Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve.

O Direito é, portanto, também construído a partir da interpretação, pois na medida em que os legisladores se sucedem precisam interpretar tudo até então existente e construir um novo conjunto de normas, coerente com as normas precedentes. O juiz, ao se deparar com um caso para a qual não existe uma regra, deve se orientar a partir dos princípios existentes e criar uma regra que ilustra a aplicação dos princípios.

O juiz, como intérprete, cria o Direito para o caso concreto e sua criação também será parte integrante desse mesmo Direito, devendo, portanto, guardar coerência com tudo o que já foi construído até ali, como se o ordenamento fosse obra de um só autor.

Portanto, toda a interpretação da legislação infraconstitucional formulada por decisões judiciais e administrativas deve ter por fundamento primeiro guardar coerência com o texto constitucional, com os princípios por ele insculpidos e com as demais normas que regem a matéria, observadas em seu conjunto.

Dworkin reconhece que o direito está longe de ter uma coerência perfeita, mas ao mesmo tempo afirma que é possível encontrar um conjunto

⁶⁶ OLIVEIRA, op. cit. Acesso em: 17 nov. 2013.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo. Martins Fontes, 2007.

de princípios razoavelmente plausíveis que se ajuste suficientemente bem para poder ser uma interpretação aceitável.⁶⁸

Ainda segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.⁶⁹ Os princípios são trunfos contra possíveis abusos justificados com base em políticas de maximização de finalidades coletivas⁷⁰ e auxiliam o julgador a resolver o caso através dos elementos contidos no próprio ordenamento, assumindo também uma função delimitadora da atuação interpretativa.

Dworkin defende que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que o Direito constitui a melhor justificação do conjunto das práticas jurídicas, a narrativa que faz de tais práticas as melhores possíveis. A tese da única resposta correta pressupõe, portanto, uma ruptura tanto com o paradigma positivista de ciência e teoria do Direito, quanto uma ruptura com o próprio paradigma positivista do Direito, que se esgotaram.⁷¹

Melhora-se consideravelmente a compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura, pois a segunda propiciará um entendimento melhor do que é a interpretação em geral. O que interessa a Dworkin não é tanto o que os estudiosos de literatura chamam de descobrir o sentido de um texto, perguntando-se sobre o que um autor quis ou não dizer com o uso de determinada palavra ou expressão, mas as teses que apresentem algum tipo de interpretação do sentido de uma obra como um todo.⁷²

A interpretação deve procurar mostrar o material a ser interpretado como o melhor que ele pode ser.⁷³ *In casu*, tem-se como proposições jurídicas estabelecidas todos os princípios e normas de tutela da família, desde o princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade, da proteção à família, da proteção integral à criança, bem como de todas as normas que tutelam as licenças familiares - inclusive a recente lei que alterou a Lei 8.213/90 para conferir um caráter familiar ao salário maternidade, que agora também pode ser requerido pelo pai,

⁶⁸ DWORKIN, op. cit.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

⁷¹ OLIVEIRA, op. cit. Acesso em: 17 nov. 2013.

⁷² Ibid.

⁷³ DWORKIN, Ronald. *Conferência McCorkle de 1984. As ambições do Direito para si próprio*. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

segurado do Regime Geral de Previdência Social, nos mesmos moldes da mulher – que precisam ser interpretados sob a melhor luz possível.

Para o modelo interpretativo de Dworkin existem duas dimensões a serem analisadas, a dimensão da adequação e a dimensão da justificação. A dimensão da adequação determina que a interpretação a ser adotada deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto. Dentro da dimensão da adequação será possível que o julgador encontre mais de uma interpretação adequada e que se ajuste ao contexto. A segunda dimensão, então, vai exigir que o intérprete julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão.⁷⁴

Assim, uma vez colocadas as normas legais sobre as quais se pautam o problema, passam-se às perguntas: Quais os princípios políticos iriam satisfazer a exigência da primeira dimensão, a exigência de adequação? Passa-se então à segunda dimensão da interpretação, devendo-se perguntar qual das interpretações possíveis possibilita uma melhor justificação das decisões do ponto de vista da moralidade política.⁷⁵

As dimensões da adequação e da dimensão justificação ou moralidade política, são assim por ele explicadas⁷⁶:

A dimensão da adequação supõe que uma teoria política é *pro tanto* uma justifica melhor que outra se, grosso modo, alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que justificasse a outra. Duas teorias diferentes podem fornecer justificativas igualmente boas, segundo essa dimensão, em sistemas jurídicos imaturos com poucas regras estabelecidas ou em sistemas jurídicos que tratam apenas de um âmbito limitado da conduta de seus participantes. Mas em um sistema moderno, desenvolvido e complexo a probabilidade desse tipo de empate é muito pequena.

[...]

A segunda dimensão – *a dimensão da moralidade política* – supõe que, se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral; isto é, se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente tem.”

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *A Conferência MacCorkle de 1984. As Ambições do Direito para si próprio*. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes, 2001. Fls. 213.

A concessão da licença paternidade nos moldes da licença maternidade, na ausência da figura materna, se adequa tanto à dimensão da adequação, quanto à dimensão da moralidade política, constituindo-se na melhor justificativa que se pode oferecer ao caso, seja porque aplica mais daqueles princípios estabelecidos, seja porque apreende melhor os direitos que o pai e a criança realmente tem: proteção à família e à criança, dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade – entre homens e mulheres, entre filhos de famílias distintamente constituídas e entre os direitos sociais dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência e a regime próprio dos servidores públicos.

Simplesmente rejeitar ao pai o direito de perceber a licença nos mesmos moldes da mulher, por sua condição de homem e porque o ordenamento lhe concede – de forma literal – apenas 05 (cinco) dias, sem prever os casos de ausência da figura materna, não atende às dimensões da adequação e moralidade política. A situação é complexa e a literalidade legislativa não previu a situação de ausência da mãe, fixando duas licenças distintas, uma elástica e outra diminuta, acreditando que as figuras do pai e da mãe estariam ali para proteger e cuidar da criança. Se não há a figura materna, deixar a criança e a família desprotegidas é negar-lhes todos os princípios constitucionais mais caros à sociedade.

Desamparar o pai, que necessita dispor de tempo exclusivo para dedicar-se à criança, na ausência de quem, *prima facie*, incumbiria fazê-lo, desestrutura todos os membros da família, retira-lhes os princípios mais fundamentais do ordenamento jurídico e impõe-lhes um sacrifício desolador e mais um infortúnio além daquele que a família já vivencia pela perda da mãe.

Um casal homoafetivo masculino, cuja união agora já é reconhecida, não tem então o direito à proteção de sua prole e do próprio núcleo familiar? E o homem solteiro que adota uma criança, assim como um recém viúvo, verdadeira vítima de um sofrido infortúnio? E quando a mulher abandona o marido sozinho com um filho recém-nascido? E os filhos dessas relações não perfeitamente “tradicionais”, não merecem a proteção do Estado?

O sistema jurídico brasileiro não comporta discriminação entre filhos de qualquer natureza, nem entre famílias de composição distinta do modelo conhecido como “tradicional”. Também não são admitidas distinções entre homens e mulheres, sobretudo no seio familiar.

Não cabe então ao Estado cabe tratar a todos os cidadãos com igual respeito e consideração?

O argumento de que a lei prevê ao homem apenas cinco dias e exclusivamente à mulher – servidora pública – o período de até 180 (cento e oitenta) dias, é insatisfatório porque pressupõe a presença das duas figuras: pai e mãe, além de causar graves danos à família e à criança que se

inserem em um contexto familiar aparentemente não tutelado pelo direito positivado. E aparentemente mesmo porque a própria Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (Art. 5º, §2º, CF/88), de modo que até de sua literalidade é possível extraír uma conclusão melhor que resguarde a criança e o pai.

O indeferimento do direito é discriminação odiosa, porque não protege a criança e não tutela a família; não garante a dignidade da pessoa do pai, nem do filho, mas lhes impinge uma separação e falta de convivência num momento de vulnerabilidade da família e do bebê - mais suscetível a doenças - e em que se formam laços afetivos, havendo uma premente necessidade de cuidados especiais e adaptação.

Dworkin enfatiza que o próprio julgador perceberá quando uma interpretação se ajusta tão mal à situação e não subsiste aos questionamentos das dimensões acima expostas, pois essa interpretação ruim não pode superar seus problemas de adequação ao decidir se ela torna o “romance” melhor do que o fariam as outras interpretações, levando tudo em conta.⁷⁷

Desta feita, a hermenêutica da concessão de licença maternidade na ausência da figura materna deve ser desenvolvida sob o paradigma do Estado Democrático de Direitos, que busca construir uma sociedade justa, fraterna e solidária, e realizada mediante o enfrentamento de todos os princípios jurídicos e normas constitucionais que lhes são inerentes.

Conforme lições do Professor Gustavo Tepedino:

Vale dizer: toda e qualquer norma que se dirija à tutela das relações familiares deve ter como suporte fático os tipos de comunidades familiares identificados pela Constituição, no âmbito dos quais a família fundada no casamento é apenas um deles. A comunidade familiar, por sua vez, não é protegida como instituição valorada em si mesma, senão como instrumento de realização da pessoa humana.⁷⁸

Como já dito, a família é o núcleo de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes⁷⁹, que tem constitucionalmente garantido o direito de ser resguardados contra toda a forma de discriminação. Portanto, não é possível conceber, à luz do ordenamento como integridade, que a criança e a família percam esse direito à adaptação e à convivência.

Mister acrescentar ainda, com fundamento nas lições de Dworkin, que não satisfaz uma interpretação que apenas se ajuste a uma parte

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes., 2001.

⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/tepedino_3.html. Acesso em: 30 out. 2013.

⁷⁹ Ibid.

substancial dos princípios mais relevantes, mas aquela que possa evidenciar a todos, transformando o ordenamento no melhor que ele pode ser para o caso que reclama solução.

Assim, se não existe mãe, a possibilidade interpretativa que efetiva todos esses princípios estabelecidos está na transferência ao pai do direito de se afastar do trabalho por até 120 (cento e vinte) dias para cuidar da criança, bem como possibilitar-lhe a prorrogação da licença nos termos do Decreto Executivo 6.690/08.

O direito da criança é à proteção integral, ou seja de todos os seus direitos, e resguardada de todas as formas de discriminação, independentemente, portanto, da modalidade em que se enquadre o seu núcleo familiar: heterossexual, monoparental, homoafetivo, biológico ou adotivo.

A concepção de Estado Democrático de Direitos não pode assegurar apenas os direitos prescritos nas leis, mas deve igualmente assegurar os direitos morais que os cidadãos possuem entre si e os direitos políticos que eles possuem perante o Estado. A lei deve proteger e aplicar tais direitos, mas se não o fizer, isso não impedirá deles serem evidenciados através da atividade interpretativa, [...] que tem por fim atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição.⁸⁰

Conforme esclarece Raphael Marques *apud* Dworkin é óbvio que uma leitura principiológica da Constituição não fornecerá uma fórmula garantidora de que todos os aplicadores do Direito cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos. Sempre existirão discordâncias acerca das exigências da igualdade de consideração e da ideia de liberdade. Portanto, necessário insistir na premissa, inerente ao direito em si, de que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre os direitos fundamentais e sobre o papel da Constituição, os intérpretes e aplicadores do direito em geral também devem aceitar uma restrição independente e superior, decorrente da ideia de integridade nas decisões adotadas:⁸¹

A integridade no direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial [assim como a decisão administrativa] deve ser uma *questão de princípio*, não de conciliação, estratégia ou acordo político. [...] em segundo lugar, [...] a integridade se afirma *verticalmente*: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz [assim como o administrador ou aplicador do Direito] deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do

⁸⁰ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O que uma constituição constitui? Uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. *Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Direito da Universidade Federal da Paraíba*. N.º 1. 2010.

⁸¹ Ibid.

Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma *horizontalmente*: um juiz [ou mesmo a Administração Pública] que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, e mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas. (grifos no original)

Assim, a coerência no processo de interpretação - decorrente do princípio de integridade e suas dimensões - e a busca da melhor luz sob os quais os princípios devem ser enxergados, extraíndo-lhes todo o potencial de importância, faz convergir o resultado da decisão para a única resposta correta.

O direito só pode ser considerado válido enquanto for moralmente justificado, baseado em princípios, dentre os quais o protagonista é o da igualdade - entendida na visão de Dworkin como o direito de todos serem tratados com igual respeito e consideração⁸², conforme já visto. Cabe lembrar que as famílias homoafetiva feminina e a monoparental de mulher solteira jamais enfrentarão situação em que a criança e a família perderiam o direito à licença maternidade, porque a figura feminina está aí presente. Como então deixar os homens e seus filhos desguarnecidos desse direito só pelo fato de serem do sexo masculino?

O que se precisa é avaliar o ordenamento como um todo complexo e abrangente o suficiente para abranger situações complexas como essa. Para tanto, o intérprete precisa avançar para muito além da intenção dos legisladores, construindo uma teoria política que justifique melhor a hipótese e se harmonize com o sistema constitucional como um todo. O ordenamento caminha sim numa direção única, não com base em uma única norma, mas através de um conjunto de princípios e normas que se intercruzam e estabelecem uma teia de tutela ao núcleo familiar e à criança.

Existem, ainda, outros fundamentos de aspecto social - decorrentes do princípio da igualdade - que justificam a equivalência entre as licenças maternidade e paternidade defendidas no presente trabalho, na medida em que – essa equalização – promove um maior equilíbrio do espaço laboral disputado por homens e mulheres, bem como da distribuição dos afazeres domésticos nessa nova estrutura familiar e nessa nova sociedade que se apresenta.

Muito mais que propiciar o cuidado com a criança e a família, aproximar o homem do ambiente familiar e dos cuidados com os filhos é um meio para se evitar a discriminação do trabalho da mulher, ainda muito evidente nos dias de hoje, e se revela também em mecanismo natural de maior participação do homem no espaço doméstico.

⁸² CHUEIRI; SAMPAIO, op. cit. Acesso em: 20 dez 2013.

Conforme estudo elaborado pela juíza do Trabalho, Candy Florêncio Thomé⁸³ os papéis tradicionais estereotipados dos homens e mulheres ainda são muito fortes, como a responsabilização considerada “natural” das mulheres pelos filhos e a divisão sexual do trabalho.

Nesse sentido ela ressalta⁸⁴:

O fundamento da maioria das pessoas que consideram que corresponde à mulher assumir a maior parte das obrigações – e direitos – da criança de filhos e da manutenção da família é que ela teria um instinto maternal nato e uma predisposição natural, isto é, biológica, para sua adaptação no espaço privado, ao passo que o homem é considerado como mais próximo ao espaço público.

Essa crença contudo, dificilmente, mantém-se máxime se se analisa o modo de criação de filhos em diversas sociedades até o século XVIII. Segundo Dubin (2007, p. 48), a divisão entre o sistema produtivo apenas para os homens e o sistema reprodutivo apenas para as mulheres começou com a Revolução Industrial e foi a fonte do problema do acesso ao trabalho das mulheres.

O chamado instinto maternal está longe de ser instinto, aproximando-se muito mais de um lado cultural e pouco ou nada difere do instinto paternal. Biologicamente, depois da gravidez e amamentação, tanto o pai como a mãe tem as mesmas condições para educar e criar os filhos, observando-se, ainda, que mesmo o aleitamento pode ser realizado pelo pai, com leite materno ou de animal.

Tais fatos demonstram que o ‘instinto maternal’ é um elemento cultural e não biológico e que, tal como o ‘instinto paternal’, nem mais nem menos, deve ser promovido e protegido. Afirma Dinter (2005, p. 163) que, mesmo entre as pessoas que acreditam em um instinto materno natural, muitas afirmam que não apenas as mães são capazes de senti-lo, mas também os pais e terceiros, e, por isso, a autora francesa questiona o porquê de não falar simplesmente de amor, já que a premissa é de que o instinto maternal é contingente e progressivo.

Assim, ao homem deve ser dado tanto a obrigação como o direito de participar de forma mais ativa do cuidado de seus filhos, pois fica evidenciado que o tratamento cada vez mais igualitário entre homens e mulheres é extremamente benéfico para a sociedade, porque reforça e oportuniza a inserção de homens e mulheres nos espaços tidos como “tradicionais” e “inerentes” a cada um até então.

⁸³ THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença paternidade como desdobramento da igualdade de gênero*. Um estudo comparativo entre Brasil e Espanha. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/candy_flarencio_thome.pdf. Acesso em: 30 out. 2013.

⁸⁴ Ibid..

Por certo que não cabe aos poderes públicos a determinação da divisão de tarefas domiciliares ou a imposição de escolha dos modos de convivência familiar, mas não menos certo é que o Estado deve garantir que as pessoas tenham, efetivamente, possibilidades de instituir um modo familiar mais igualitário e justo, seguindo seus próprios critérios de liberdade e muito mais baseado em amor do que em superados conceitos estereotipados.

O reconhecimento desse direito aos homens também importa em incentivo à adoção de crianças abandonadas por suas famílias biológicas, inserindo-as em um contexto de amor e proteção, capaz de propiciar-lhes segurança, educação, apoio moral, psicológico e afetivo, transformando para muito melhor a vida dessas crianças, das famílias, dos pais e da própria sociedade brasileira.

Simplesmente negar todo esse pano de fundo compartilhado, eloquente, que tece uma teia ligadora entre todas essas normas é irrazoável, desproporcional e discriminatório, ao passo que a aproximação entre as licenças paternidade e maternidade promove o amor, a fraternidade e a solidariedade, através da garantia de um ambiente familiar saudável, capaz de superar as barreiras do preconceito e da exclusão para auxiliar na construção de uma verdadeira democracia plural e inclusiva.

4 CONCLUSÕES

De todo o exposto extraem-se as seguintes conclusões:

1. A literalidade normativa regula as licenças paternidade, maternidade e à adotante do servidor público pressupondo apenas a existência da modalidade mais tradicional de família, qual seja aquela composta por um pai e uma mãe.

2. A interpretação desses direitos fundamentais de cunho social, que se consubstanciam em mecanismos de tutela da proteção familiar, insculpida na Constituição de 1988, precisa reconhecer o caráter aberto da Carta de Direitos e levar em consideração o pluralismo social e o pleno desenvolvimento da cidadania sob o pano de fundo do Estado Democrático de Direitos.

3. Não existem famílias de primeira e segunda categorias no âmbito constitucional, que tutela as diversas espécies de família conferindo-lhes direitos idênticos. A literalidade do Texto Magno não esgota o rol de direitos e garantias fundamentais, devendo ser entendida como um projeto em construção, a ser *constantemente refundamentado e relegitimado pela inclusão das diferenças*.⁸⁵

4. A ausência da figura materna nas relações familiares não se constitui em empecilho capaz de privar a criança e a família da proteção

⁸⁵ MARQUES, op. cit..

ao saudável desenvolvimento e entrosamento recíproco, sendo exigível das instituições sociais, no caso do Direito, que trate a todos os seus membros como merecedores de igual *respeito e consideração*.

5. E o Direito precisa ser observado enquanto Integridade, um conceito que instrui o intérprete a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor, expressando uma concepção coerente, a ser visto sempre sob o holofote da melhor luz que extraia dos princípios todo o seu potencial de justiça e equidade.

6. A *ratio* das decisões precisam encontrar nesse Princípio de Integridade a segurança que o sistema jurídico requer e abandonar antigos critérios e métodos interpretativos que não comportam a complexidade do Direito atual.

7. A equiparação entre licença maternidade e paternidade em famílias monoparentais masculinas e homoafetiva masculinas é a **única** resposta que atende às dimensões da adequação e da moralidade política, reafirmando os princípios fundamentais de igualdade, liberdade, cidadania, dignidade humana, justiça, fraternidade e solidariedade constantes do Título I da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

Acórdão STF proferido na *ADI 4277*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 01 set. 2013.

Acórdão STF proferido na *ADPF 132*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em: 01 set. 2013.

Acórdão proferido no *Agravo de Instrumento n.º 0036057-75.2012.4.03.0000*. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=00360577520124030000>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

Acórdão proferido na *Apelação/Reexame Necessário n.º 5008880-55.2012.404.7200/SC*. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5661378>. Acesso em: 01 fev. 2014.

Acórdão proferido na *Apelação/Reexame Necessário n.º 0009306-04.2012.4.02.5101/RJ*. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pdbi?PRO=201251010093060&TOPERA=1>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao Encontro Dos Princípios*: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas. 2008. Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/assignment/view.php?id=245>>. Acesso em: 07 jun. 2013.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *Julggar por Princípios*: uma Crítica ao Julgamento Político e Econômico. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Professores/Juliano_Zaiden_Benvindo/Artigos/Julggar_por_Princ%C3%ADpios_-_Uma_Cr%C3%ADtica_ao_Julgamento_Pol%C3%ADtico_e_Econ%C3%B4mico.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB. 2º Semestre de 1998.

CARVALHO NETO, Menelick de. *Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

CHUEIRI, Vera Karan e SAMPAIO, Maria Joanna de Araújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Extraído de: <<http://mdf.secretaria.ufc.br/dmdocumentos/vera.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

Decisão proferida no processo administrativo n.º 36474.001600/2011-27. Disponível em: <http://erecursos.previdencia.gov.br/search.php?num_processo=36474001600201127>. Acesso em: 05 set. 2013.

Decisão proferida no Processo Administrativo n.º CSJT-150/2008-895-15-00-0. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e938572d-7979-4f8a-a9e9-415116ac0979&groupId=955023>. Acesso em: 05 set. 2013.

DWORKIN, Ronald. *A Conferência MacCorkle de 1984*. As Ambições do Direito para si próprio. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. O Direito Como Interpretação. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN Ronald. *O Império do Direito*. Capítulo VII - Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo. Martins Fontes, 2007. Disponível em: <<http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/01/020-o-imperio-do-direito-ronald-dworkin.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2001.

Informativo n.º 625 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>>. Acesso em: 05 set. 2013.

Instrução Normativa INSS/DC N° 25, de 07 de Junho de 2000 - DOU de 08/06/2000.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O que uma constituição constitui? uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. *Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Direito da Universidade Federal da Paraíba*. n.º 1. 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Dworkin*: de que maneira o direito se assemelha à literatura. Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/assignment/view.php?id=557>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

-----. *Coesão Interna Entre Estado de Direito e Democracia na Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas*. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

PATULLO, Marcos Paulo Falcone. *A Igualdade No Pensamento de Ronald Dworkin*. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp125204.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

RECURSO CÍVEL N° 5002217-94.2011.404.7016/PR. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-voto-acordao.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2013.

SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://moodle.ceed.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo. Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/tepedino_3.html>. Acesso em: 30 out. 2013.

THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença paternidade como desdobramento da igualdade de gênero*. Um estudo comparativo entre Brasil e Espanha. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/candy_flarencio_thome.pdf> Acesso em: 30 out. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. v. VI. 6. e. São Paulo. Atlas, 2006.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 1.500 exemplares